Die Problematik des Courgutachtens vom 4. 12. 1935 im Lichte des Staatsrechts umd des Völkerrechts.

ABHANDLUNG

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Rheinischen Friedrich Wilhelms-Universität

zu Bonn

von

HANS-HERMANN HISGEN

Gerichtsreferendar

aus Trier.

1 9 3 7

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Referent: Geheimrat Prof. Dr. Thoma

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INHALTSÜBERSICHT

A. Geschichte des Falles 1

B. Staatsrechtliche Problematik.
Ist die im Gutachten der Cour zum Ausdruck gebrachte Auffassung über die Nichtvereinbarkeit der Danziger Verordnungen mit der Danziger Verfassung rechtlich begründet? 4

I. Ermächtigungsgesetz und Rechtsverordnungen auf Grund des Ermächtigungsgesetzes 4

1. Steht das Ermächtigungsgesetz vom 24. Juni 1933 mit der Danziger Verfassung im Einklang oder im Widerspruch? . 5

2. Rechtsverordnungen auf Grund des Ermächtigungsgesetzes 14

II. Das Gutachten der Cour 17

III. Würdigung des Gutachtens. Unsere Auffassung 24

1. Steht der neue § 2 StGB. tatsächlich in unüberbrückbarem Gegensatz zu dem Grundsatz der Danziger Verfassung, daß der Einzelne gegen den Staat zu schützen ist? . . . 25

2. Sind die Verordnungen des Senats Vorschriften, die zwar formell vielleicht genügen, um den Gesetzesvorbehalt der Grundrechtsartikel auszufüllen, die aber materiell mit der Danziger Verfassung nicht vereinbar sind? 28

3. Ist der Richter nicht mehr dem Gesetz unterworfen, wie es Art. 61 Danziger Verfassung vorschreibt? Ist also der Grundsatz der Gewaltenteilung durchbrochen? . . . 32

IV. Abweichende Ansicht der Richter Graf Rostworowski, Nagaoka und Anzilotti 37

1. Erklärung des Grafen Rostworowski 37

2. Abweichende Ansicht des Herrn Nagaoka 38

3. Abweichende Ansicht des Herrn Anzilotti 39

C. Völkerrechtliche Problematik.
Durfte die Cour das Gutachten geben? 39

I. Zur Problematik des Gutachtens und Ergebnisse der Entwicklung 40

1. Quelle der Gutachterfunktion 40

2. Anfängliche Bedenken 40

a) Schwierigkeit der Praxis 40

b) Versuch der Überwindung 43

c) Juristische Wesen des Gutachtens 45

3. Die Erfolge der Praxis 48

a) Fälle, die die Entwicklung deutlich machen und von richtunggebendem Einfluß auf sie waren 49

b) Die Folgerungen, die die Cour zog 53
c) Wird das kontradiktorische Verfahren ausdrücklich nur für das Gutachten, betreffend den différend, eingeführt? 54
4. Ergebnisse theoretischer und praktischer Art 59

II. Gibt es Gutachten, die dem Aufgabenkreis der Cour nicht gemäß sind? Welches ist der Aufgabenkreis der Cour? (Kompetenz) 60

III. Kann aus dem Umstand, daß die Anwendung der Regeln der procédure consultative nicht erlaubte, unser Gutachten in der ihm angemessenen kontradiktorischen Weise zu verhandeln, geschlossen werden, daß das geforderte Gutachten dem Aufgabenkreis der Cour nicht gemäß war? 61

1. Das zur Anwendung gekommene Verfahren 61

2. Muß jedes Gutachten über ein différend, indem es nach den Regeln der procédure consultative verhandelt wird, auf eine ihm entsprechende und angemessene Art verhandelt werden? 64

3. Muß jedes Gutachten über einen point, indem es nach den Regeln der procédure consultative verhandelt wird, auf eine ihm entsprechende und angemessene Art verhandelt werden? 65

4. Schlußfolgerung. 66

5. Die Auffassung Anzilottis zur Frage des Verfahrens . . 67

IV. Ist das geforderte Gutachtenverlangen dem Aufgabenkreis der Cour aus irgendeinem Grunde nicht gemäß? 67

1. Liegt ein Gutachten über eine internationale Rechtsfrage vor? 68
a) Was bedeutet der Begriff „internationale Rechtsfrage"? 68
b) Unserem Gutachten scheint keine internationale, sondern eine nationale Rechtsfrage zugrunde zu liegen . . . 68

2. Was ist eine internationale Rechtsfrage? 69
a) Studium des Art. 36 Abs. 2 Statut. 69
b) Insbesondere Studium des Art. 36 Abs. 2 Ziff. c Statut. . 71

3. Prüfung der Frage, ob unserem Gutachten eine internationale Rechtsfrage zugrundeliegt 73
a) Die Auffassung der Cour. Wieso könnte daran gedacht werden, daß dem Gutachten eine internationale Rechtsfrage zugrundeliegt 73
α) Art. 103 Versailler Vertrag stellt eine internationale Verpflichtung für Danzig dar, die es durch die Verordnungen verletzt hat. 74
β) Die Danziger Verfassung stellt eine internationale Verpflichtung für Danzig dar, die es durch die Verordnungen verletzt hat 75
γ) Die Danziger Verfassung auf Grund des Art. 103 Versailler Vertrag stellt eine internationale Verpflichtung für Danzig dar, die es durch die Verordnungen verletzt hat 75
b) Unsere Auffassung 76
α) Stellt der Art. 103 Versailler Vertrag eine internationale Verpflichtung für Danzig dar, die es durch die Verordnungen verletzt hätte? 76

β) Bedeutet die Danziger Verfassung eine völkerrechtliche Verpflichtung für Danzig? 77
αα) Ist Danzig ein Staat 78
ββ) Die Garantie des Völkerbundes. Die Pflichten, die sich für Danzig aus der Garantie ergeben, sind in der Danziger Verfassung enthalten . . 82
γγ) Die Danziger Verfassung ist ein nationales Gesetz. Fragen, die die Anwendung der Danziger Verfassung angehen, sind nationale Fragen . . 85
γ) Zusammenfassung 86

IV. Was hat die Cour zu tun, wenn die Abgabe eines nicht „normalen" Gutachtens von ihr verlangt wird 87

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552321_0129

VERZEICHNIS DER BENUTZTEN SCHRIFTEN.

Anschütz-Thoma: Handbuch des deutschen Staatsrechts. I. und II. Bd. Tübingen 1932.

Anschütz: Die gegenwärtige Theorie über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Verordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht. Tübingen, Leipzig 1901.

— Die Verfassung des Deutschen Reiches. 3. Bearbeitg. 12. Aufl. 1930.

Anzilotti: Opinion individuelle. P. d. l. C. s. A/B No. 65.

Ascher, A.: Wesen und Grenzen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit und Gerichtsbarkeit als Grundlage für das Völkerrecht der Zukunft. Leipzig 1929.

Bluntschli, I. C.: Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten. Nördlingen 1878.

Bussmann, Otto: Der völkerrechtliche Garantievertrag insbesondere seit der Entstehung des Genfer Völkerbundes. Leipzig 1927.

de Bustamante Y Sirvén: La Cour Permanente de Justice Internationale. Paris 1925.

Damme: Die Freiheit der „freien Stadt" Danzig. In: Festg. f. Otto Liebmann S. 53 ff.

Danziger Staats- u. Völkerrecht Bd. II zusammengestellt von Dr. Gg. Crusen und Dr. Hermann Lewinsky. Danzig 1935. Und von Lewinsky und Wagner 1927.

Exner, Fr.: Gerechtigkeit und Richteramt. Leipzig 1922.

Fachiri: The Permanent Court of International Justice. London 1926.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl. Tübingen 1928.

v. Freytagh-Loringhoven: Die Satzung des Völkerbundes. Verlag Stilke 1926.

Gerland, Heinr.: Art. 116 in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. I. Bd. herausgegeb. v. Nipperdey.

Gerland, Heinr.: Deutsches Reichsstrafrecht. 1922.

Giacometti, Z.: Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation. Zürich 1930.

Gleispach Graf, Wenzel: Exposé à la séanse publique du 31. Oktober 1935. P. d. l. C. s. C No. 77 S. 179 ff.

Grimm: Exposé a la séanse publique du 1. er November 1935. P. d. l. C. s. C No. 77 S. 222.

Hamel, Walter: Danzig in: Jugend und Recht. Januar, Februar 1937.

Heilborn, P.: Völkerrechtliches und koloniales Protektorat. In: Ztschr. f. Völkerrecht 8. Bd.

Hofmann, D. J.: Gutachten und Gutachtenverfahren des STIG. Berlin 1935.

Hudson, M.: Les avis consultativs de La Cour. In: Recueil des Cours. T. 3. 1925 S. 341 ff.

Jacobi: Das Verordnungsrecht im Reich seit dem November 1918. Arch. f. öff. Recht. 39. Bd. 1920. S. 273 ff.

Jellinek, G.: Gesetz und Verordnung. Freiburg i. Br. 1887.

Klee: Schmähung Friedrich des Großen und das Strafrecht. In: Dtsch. Recht 15. Nov. 1936 Heft 21/22.

Koellreutter: Grundriß der allgemeinen Staatslehre. 1933.

Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. II. Bd. 5. Aufl. Tübingen 1911.

Lessing, H. W.: Das Gutachten des Ständigen Internationalen Gerichtshofes. Berlin 1932.

Levesque, G.: La Situation internationale de Dantzig. Paris 1924.

Liszt, v.: Das Völkerrecht. 12. Aufl. bearbeitet v. Dr. Max Fleischmann. Berlin 1925.
Loening, O.: Die Verfassung der Freien Stadt Danzig. Jahrb. d. öff. Rechts. Bd. 10 S. 439 ff.
— Die Rechtstellung der Freien Stadt Danzig. Berlin 1928.
— Die Freie Stadt Danzig im Handbuch der Politik. V. Bd. S. 300 ff.
Moore, J. B.: In: P. d. l. C. s. D No. 2 S. 383 ff.
Nagaoka: Opinion individuelle in: P. d. l. C. s. A/B No. 65.
Oppenheim, L.: International Law Vol. I. Fourth Edition. 1928.
Peters, Karl: Nationlasozialismus und Strafrecht. JW. 1933 S. 1561 ff.
Poetzsch, F.: Verfassungsmäßigkeit der vereinfachten Gesetzgebung. Arch. d. öff. Rechts. 40. Bd. 1921 S. 156.
Pol-Sartorius: Modernes Völkerrecht. Eine Sammlung von Quellen und Urkunden.
Procès-Verbaux des séanses du Comité (Comité consulatif de juristes) La Haye 1920.
Publications de la Cour (zit. P. d. l. C.) série A, B, C, D, E, insbesondere série A/B No. 65 und série C No. 77. Auch deutsche Ausgabe herausgegeb. v. Institut für internationales Recht an der Universität Kiel.
Quabbe, G.: Die völkerrechtliche Garantie. Breslau 1911.
Reichsgerichts-Entscheidungen in Zivil- und Strafsachen. (zit. RGZ. und RGStr.).
Rostworowski Comte: Opinion individuelle. P. d. l. C. s. A/B No. 65.
Schmitt, Karl: Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen). Ztschr. f. ausländ. öff. Recht und Völkerrecht. Bd. VI No. 2 Mai 1936.
— Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit der von Volkstag und Senat der Freien Stadt Danzig in der Form eines einfachen Gesetzes beschlossenen und verkündeten Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Staat vom 24. Juni 1933. In: Journal officiel de la S. d. N. XVI me année No. 6 p. 775—785.
Schücking-Wehberg: Die Satzung des Völkerbundes. 1924.
Statut et Règlement de la Cour permanente de Justice. Eléments d'interprètation. Herausgegeb. v. Institut für ausländ. öff. Recht und Völkerrecht (zit. Statut et Règl.).
Strupp, Karl: Wörterbuch des Völkerrechts und der Diplomatie. I. Bd. 1924.
Stier-Somlo, Elster: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. II. Bd. 1927.
Thoma: Der Polizeibefehl im Badischen Recht. 1. Teil. Tübingen 1906.
— Art.: Staat. Handwörterbuch der Staatswissenschaften. VII. 1926.
Verdross, Alfred von: Völkerrecht. Berlin 1937.
Visscher, Charles de: Les avis consultatifs de la Cour. In: Recueil des Cours 1929. I. Bd. S. 1 ff.
Waldecker, Ludw.: Allgemeine Staatslehre. 1927.
Wolgast, E.: Völkerrecht. 1934.
Wundram: Die Fakultativklausel. Kieler Diss. 1932

A. GESCHICHTE DES FALLES.

Am 24. Juni 1933 kam in Danzig ein Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Staat[1]) zustande, das in einer Reihe von wichtigen aufgezählten Angelegenheiten die verfassungsmäßig bei Volkstag und Senat liegende Gesetzgebungsgewalt für eine festgesetzte Zeit und unter bestimmten Bedingungen auf den Senat allein übertrug. Das Gesetz kam verfassungsmäßig in Übereinstimmung zwischen Senat und Volkstag zustande. Aus seinem letzten Paragraphen geht hervor, daß ihm mehr als ⅔ der Abgeordneten bei Anwesenheit von mehr als ⅔ der gesetzlichen Zahl der Abgeordneten zugestimmt haben. Unter den wichtigen aufgezählten Angelegenheiten, in denen fortan der Senat Maßnahmen mit Gesetzeskraft erläßt, wird angeführt: Nr. 28 die Reform des Strafrechts und Nr. 25 Änderung des Strafprozesses.

Auf Grund dieses Ermächtigungsgesetzes kamen — wie dies vorher oft geschehen war — am 31. August 1935 Verordnungen des Senats heraus, darunter eine Verordnung, die eine Änderung des Strafrechts, und eine Verordnung, die eine Änderung des Strafprozeßrechts zum Gegenstand hatte.

Die strafrechtliche Verordnung gab dem § 2 des StGB. eine neue Form und einen neuen Inhalt. Der § 2 StGB. hatte bisher gelautet: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde". Der neue § 2 dagegen lautet folgendermaßen: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanken auf sie am besten zutrifft".

In die Strafprozeßordnung wurde ein § 170 a eingefügt: „Ist eine Tat, die nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient, im Gesetz nicht für strafbar erklärt, so hat die Staatsanwaltschaft zu prüfen, ob auf die Tat der Grundgedanken eines Strafgesetzes zutrifft und ob durch entsprechende Anwendung dieses Strafgesetzes der Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden kann".

Außerdem wurde folgender § 267 a eingefügt: „Ergibt die Hauptverhandlung, daß der Angeklagte eine Tat begangen hat, die nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient, die aber im

1) Ermächtigungsgesetz: Ges. zur Behebung der Not von Volk und Staat vom 24. 6. 1933 (GesBl. S. 273 abgder. in Danziger Staats- und Völkerrecht Bd. II S. 33).

Gesetz nicht für strafbar erklärt ist, so hat das Gericht zu prüfen, ob auf die Tat der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft und ob durch entsprechende Anwendung dieses Strafgesetzes der Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden kann".

Auf diese Verordnungen hin richteten am 4. September 1935 die Vertreter der deutsch-nationalen Partei, des Zentrums und der sozialdemokratischen Partei eine Petition an den Hohen Kommissar des Völkerbundes in Danzig [2]).

Sie führten darin aus, daß durch die neuen Verordnungen die Strafrechtspflege grundsätzlich in entscheidender Weise geändert werde und zwar entsprechend den im nationalsozialistischen Deutschland herrschenden Prinzipien. Bisher sei nur bestraft worden, wer eine Tat beging, die das Gesetz für strafbar erklärte. Infolge der neuen Fassung könne auch der bestraft werden, der eine Tat beginge, die „nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdiene". Diese nebelhaften Prinzipien bedeuteten eine Revolutionierung der Strafrechtspflege und öffneten der Willkür Tür und Tor. Ein ungeschriebener Verfassungsgrundsatz aller Staaten gehe dahin, daß die strafgesetzlichen Normen klar und unzweideutig seien. Im übrigen verstehe der gegenwärtige Gesetzgeber unter gesundem Volksempfinden die nationalsozialistische Parteiauffassung. Damit liege ein Verstoß gegen Art. 73 Danziger Verfassung (DV.) vor. Art. 74 DV. erkläre die Freiheit der Person für unverletzlich. Eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit sei nur auf Grund von Gesetzen zulässig. Und hierbei seien Gesetze vorausgesetzt, die einer demokratischen Verfassung entsprächen. Die Übernahme eines Strafgesetzes von einem schrankenlosen Diktaturstaat, welcher gesundes Volksempfinden und nationalsozialistische Parteiauffassung gleichsetze, enthalte demgemäß auch einen Verstoß gegen Art. 74 DV. Der Kommissar wird gebeten, von den Ausführungen Kenntnis zu nehmen und die Bemühungen der Petitionäre um die Wahrung verfassungs- und rechtmäßiger Zustände in der Stadt Danzig zu unterstützen.

Der Kommissar leitete unter Beifügung der fraglichen Verordnungen die Petition weiter an den Senatspräsidenten und am 7. September an den Generalsekretär des Völkerbundes.

Der Generalsekretär unterbreitete die Sache darauf dem Völkerbundsrat. Inzwischen hatte auch der Senatspräsident von Danzig seine und des Senats Auffassung in dieser Angelegenheit niedergelegt und an den Kommissar geleitet.

Aus dem Bericht, den der Vertreter Englands (Eden) am 21. September vor dem Völkerbundsrat gibt [3]), geht hervor, daß ihm zwei Punkte fraglich erscheinen:

---

2) Publ. de la Cour série C No. 77 S. 16.
3) Publ. de la Cour série C No. 77 S. 12.

1. Die Ersetzung eines Hauptprinzips der Danziger Strafgesetzgebung — nulla poena sine lege — durch ein genau entgegengesetztes Prinzip läßt die Frage auftauchen, ob das Ermächtigungsgesetz vom 24. Juni 1933 den Senat genügend und rechtmäßig bevollmächtigt, solch einschneidende Änderung vorzunehmen, oder ob ein Verstoß gegen Art. 43 DV. vorliege.

2. Es entsteht die Frage, ob die Verordnungen, durch die die Grenze zwischen dem, was eine strafbare Handlung, und dem, was keine strafbare Handlung ist, verwischt werde, nicht gegen die zahlreichen Grundrechtsnormen der DV. verstoßen, die nach der Verfassung nur durch Gesetze eingeschränkt werden können. Es kommen hier in Frage die Art. 74, 75, 79, 84, 85, 86 DV.

Eden schlägt daher vor, die Fragen genau zu prüfen, am besten ein Gutachten der Cour Permanente einzuholen.

Der Völkerbundsrat (VBR.) beschließt am 23. September 1935 ein Gutachten der CPI. darüber einzuholen, ob die fraglichen Verordnungen mit der DV. vereinbar sind, oder ob eine der Vorschriften oder einer der Grundsätze der Verfassung durch sie verletzt werde [4]).

Die Cour Permanente entsprach diesem Verlangen des VBR. und prüfte die Frage, ob die Verordnungen mit der DV. im Widerspruch stünden. Am 4. Dezember 1935 gab sie das geforderte Gutachten [5]). Die in diesem Gutachten zum Ausdruck kommende Ansicht der Cour geht dahin, daß die Verordnungen nicht vereinbar seien mit den Garantien, die dem Individuum in den Grundrechten der DV. gegeben seien, daß sie nicht vereinbar seien mit den Art. 74, 75, 79 DV., daß sie außerdem die Grundsätze verletzten, die als Grundlage des Teils II der DV. zu gelten hätten [6]).

Diese Entscheidung kam mit 9 Stimmen gegen 3 Stimmen zustande.

Die Richter, die sich der Auffassung der Cour nicht anschlossen, gaben ihre eigene Ansicht im Anhang zu dem Gutachten.

Nachdem das Gutachten der Cour dem VBR. zugegangen war, richtete der Völkerbund an Danzig die Aufforderung, der Auffassung des Völkerbundes und der Cour gemäß zu verfahren. Danzig sagte daraufhin zu, daß es Maßnahmen treffen wolle, um dem Gutachten, d. h. dem Wunsche des Völkerbundes Folge zu leisten.

Unter dem Drucke der Verhältnisse wurden die Verordnungen vom 29. August 1935 dann im Februar 1936 wieder aufgehoben.

Dies ist der Verlauf der Ereignisse.

Der Fall bietet und enthält eine Fülle von Problemen, die zu durchdringen in der Folge unsere Aufgabe sein soll.

---

4) P. d. I. C. série A/B No. 65 S. 42.
5) P. d. I. C. s. A/B No. 65 S. 41 ff.
6) P. d. I. C. s. A/B No. 65 S. 57.

Dabei stehen uns zwei große Fragenkreise vor Augen, die wir wohl einen staatsrechtlichen und einen völkerrechtlichen Fragenkreis nennen könnten. Nur Staatsrecht wird uns beschäftigen, wenn wir zunächst prüfen, ob die Antwort, die die Cour auf die vorgelegte Gutachtenbitte gegeben hat, rechtlich begründet erscheint.

Unsere zweite Frage wird dann sein, ob die Cour das geforderte Gutachten überhaupt abgeben durfte; und diese Frage wird uns in das Gebiet des Völkerrechts führen.

Mit der staatsrechtlichen Problematik soll begonnen werden. Wir haben zu prüfen, ob die Danziger Verordnungen mit der DV. im Einklang oder im Widerspruch stehen, und wir wollen sehen, ob das Ergebnis, zu dem die Cour gekommen ist, rechtlich begründet erscheint.

Dabei muß es uns zunächst interessieren, ob in Danzig der Erlaß eines Ermächtigungsgesetzes und von Rechtsverordnungen auf Grund dieses Ermächtigungsgesetzes, wie wir sie in unserem Falle vor uns sehen, rechtlich möglich ist.

B. STAATSRECHTLICHE PROBLEMATIK.

Ist die im Gutachten der Cour zum Ausdruck gebrachte Auffassung über die Nichtvereinbarkeit der Danziger Verordnungen mit der DV. rechtlich begründet?

I. Ermächtigungsgesetz und Rechtsverordnungen auf Grund des Ermächtigungsgesetzes.

Die Cour hat zwar die Frage nicht geprüft, ob das Ermächtigungsgesetz (Erm.Ges.) mit der DV. vereinbar ist oder nicht. Dennoch taucht diese Frage, die ja auch grundsätzlich von Wichtigkeit ist, und ebenso die Frage, ob auf Grund des Erm.Ges. der Senat zu den fraglichen Verordnungen verfassungsmäßig genügend legitimiert sei, auf, z. B. in dem Rapport des Berichterstatters Eden an den VBR.[7]) und auch in der note explicative „B" der Petitionäre[8]).

Wir müssen von Anfang an darauf hinweisen, daß es hier zwei Fragen grundsätzlich zu scheiden und gesondert zu betrachten gilt, nämlich

1. die Frage, ob das Erm.Ges. mit der Verfassung vereinbar ist und 2. die Frage, ob die fraglichen Verordnungen durch das Erm.-Ges. gedeckt sind, d. h. also, ob sie sich in dem Rahmen halten, in dem auf Grund des Erm.Ges. Verordnungen gegeben werden dürfen, ob sie nicht weitergehen, als es Verordnungen auf Grund des einfachen Erm.Ges. verfassungsgemäß möglich ist.

---

7) P. d. l. C. s. C No. 77 S. 14.
8) P. d. l. C. s. C No. 77 S. 132.

Beide Fragen hängen freilich aufs engste miteinander zusammen, was aus der engen wechselseitigen Beziehung zwischen Erm.-Ges. einerseits und Verordnungen auf Grund des Erm.Ges. andererseits zu verstehen ist. Dennoch muß, soweit es möglich ist, jede der beiden Fragen von der anderen getrennt untersucht werden.

1. Steht das Ermächtigungsgesetz vom 24. Juni 1933 mit der DV. im Einklang oder im Widerspruch?

Hierzu folgende Tatsache: Die Verfassungsmäßigkeit des Erm.Ges. wurde anerkannt vom Plenum des Danziger Obergerichts. Da in einem Staat, wenn es nicht ausdrücklich anders bestimmt ist — und das ist es in Danzig nicht —, das höchste Gericht dieses Staates in Fragen, ob eine gesetzliche Bestimmung verfassungsmäßig ist oder nicht, als höchste Instanz zu gelten hat, so ist die Frage durch das Urteil des Obergerichts eigentlich schon entschieden.

Der VBR. selbst hat auf Grund seiner Garantie der DV. das Recht und die Pflicht, dafür Sorge zu tragen, daß das öffentliche Leben in Danzig gemäß den Geboten der DV. sich abwickle. Er hat nun seinerseits in den zwei Jahren, seit denen das Erm.Ges. besteht und in dem die Gesetzgebung weitestgehend auf ihm beruht, nie die Verfassungswidrigkeit dieses Gesetzes beanstandet. Der VBR. hat es also nicht für nötig gehalten, sein Garantierecht über die DV. im Hinblick auf das Erm.Ges. auszuüben. Man kann diese Haltung des VBR. nur als Billigung des Erm.Ges. auffassen. Auch das ist ein wichtiges Argument für die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes.

Aber wir wollen uns nicht darauf beschränken, den Beweis für die Verfassungsmäßigkeit zu führen, indem wir uns auf die Auffassung des Danziger Obergerichts und des VBR. berufen.

Das Erm.Ges. sieht folgendermaßen aus[9]):

Der § 1 bestimmt, daß der Senat der Stadt ermächtigt wird, auf den nachstehend angeführten Gebieten im Rahmen der DV. und innerhalb der sich aus § 2 dieses Gesetzes ergebenden Grenzen Maßnahmen mit Gesetzeskraft zu erlassen, denen der Volkstag hiermit zustimmt.

Es werden dann die betreffenden Gebiete aufgeführt. Es handelt sich dabei um 88 Nummern, in denen die fraglichen Materien aufgezählt werden, Materien, die die Staatsverwaltung, das Beamtenrecht, die Rechtspflege, das Kirchen- und Schulwesen, das Sozialwesen, das Steuer-, Zoll- und Monopolgebiet, die wirtschaftlichen Fragen und das Verkehrswesen betreffen. Nr. 25. betrifft die Änderung des Zivil- und Strafprozesses und Nr. 28 die Reform des Strafrechts. Eine 89. Nummer lautet sodann folgendermaßen: Sonstige Maßnahmen zur sofortigen Behebung dringender Notstände, die im Rahmen der Verfassung liegen.

---

9) Vgl. Anm. 1 auf S. 1 ds. Arb.

Der § 2 bestimmt, daß der Senat von der Ermächtigung nur Gebrauch machen darf unter gewissen Bedingungen oder besser zu gewissen Zwecken, darunter wird a) die Anpassung an die rechtliche Regelung in den Nachbarstaaten angeführt. In diesem Rahmen sind Strafandrohungen zulässig.

Der § 3 bestimmt, daß die erlassenen Verordnungen unverzüglich dem Volkstag zur Kenntnis zu bringen sind, und daß sie aufzuheben sind, wenn und soweit der Volkstag es binnen einer Frist von 3 Monaten verlangt.

§ 4 regelt das Inkrafttreten des Gesetzes und bestimmt, daß es spätestens mit dem 30. Juni 1937 außer Kraft tritt, außerdem kann ein Außerkrafttreten zu dem vom Senat bestimmten Zeitpunk erfolgen.

Diesem Gesetz haben mehr als ⅔ der Abgeordneten bei Anwesenheit von mehr als ⅔ der gesetzlichen Zahl der Abgeordneten zugestimmt.

Die DV. selbst enthält keine Vorschrift über die Zulässigkeit von Ermächtigungsgesetzen und über das, was man „vereinfachte Gesetzgebung" nennt. Man muß also die Lehre zu Hilfe nehmen, wenn man prüfen will, ob das Danziger Erm.Ges. mit der DV. vereinbar ist. Da das Danziger Staatsrecht und die DV. nach dem Vorbild des deutschen Staatsrechts und der Weimarer Verfassung geschaffen worden ist und sich entwickelt hat, kann man die Theorie heranziehen, wie sie in Deutschland über diese Fragen besteht.

Das Wesen des Ermächtigungsgesetzes besteht darin, daß die nach Art. 43 DV. bei Volkstag und Senat liegende Gesetzgebungsgewalt unter gewissen Voraussetzungen auf den Senat allein delegiert wird. Es liegt also eine gewisse Änderung des in der Verfassung vorgesehenen Gesetzgebungsweges vor.

Es wäre durchaus denkbar und möglich, daß ein verfassungsänderndes Gesetz den in der DV. vorgesehenen Gesetzgebungsweg ändern könnte (Art. 49 DV.).

In unserem Falle aber handelt es sich nicht um ein verfassungsänderndes Gesetz, da die Bedingungen des Art. 49 — mit Ausnahme der ⅔ Mehrheit bei mehr als ⅔ Anwesenheit — nicht erfüllt sind.

So entsteht die Frage, ob es möglich ist, daß der in der DV. vorgesehene Gesetzgebungsweg in der Weise, wie es hier geschieht, durch ein einfaches Gesetz geändert wird.

Gegen die Regelung durch einfaches Gesetz wird dann nichts einzuwenden sein, wenn sich der neue Gesetzgebungsweg nicht als wesensmäßige Änderung des in der Verfassung vorgesehenen Gesetzgebungsweges darstellt.

Ein Kernpunkt der modernen demokratischen Verfassungen ist der Grundsatz der Gewaltenteilung. Nach diesem Grundsatz ist die Gesetzgebung Sache der Legislative, während die Verwaltung Sache der Exekutive ist. Die „vereinfachte Gesetzgebung" bringt es nun zunächst mit sich, daß aus dem Aufgabenkreis der Legislative, nämlich der Setzung neuen Rechts, einiges scheinbar auf die Exekutive

übertragen wird. Der Grundsatz der Gewaltenteilung scheint verwischt zu werden, die Exekutive scheint sich der Gesetzgebung zu bemächtigen.

Giacometti[10]) schreibt: „Das Institut der Gesetzesdelegation stellt eine auf dem Wege der Gesetzgebung erfolgende Selbstbeschränkung des Gesetzgebers in seiner verfassungsmäßigen Gesetzgebungstätigkeit zugunsten der Exekutive dar", und weiter[11]): „Eine solche Verschiebung dieser verfassungsmäßig statuierten Kompetenzgrenze durch Gesetz bedeutet aber nichts anderes als eine Abänderung von Zuständigkeitsvorschriften der Verfassung auf dem Wege der einfachen Gesetzgebung. Dies aber ist verfassungsrechtlich nicht möglich".

Auch Fritz Poetzsch[12]) ist der Ansicht, daß das mit Sorgfalt ausgearbeitete Garantiesystem der Gesetzgebung in der Verfassung überflüssig sein würde, wenn es möglich wäre, durch einfaches Gesetz dahin zu kommen, daß all diese Garantien umgangen werden könnten und ohne Parlament gesetzliche Regelungen in der Form von Rechtsverordnungen geschaffen werden könnten. Das Verordnungsrecht auf Grund einfachen Gesetzes will er der Regierung nur für die sog. Ausführungsverordnungen zubilligen, da es sich hier lediglich um die Vervollständigung der Regelung eines von der Gesetzgebung ursprünglich geregelten Gebietes handele.

Ein wichtiges Bedenken gegen das einfache Erm.Ges. ist es nach Thoma[13]) und Poetzsch, daß die Minderheit bei der vereinfachten Gesetzgebung nicht mehr zu Wort kommen könne, die bei der normalen Gesetzgebung doch immer die Möglichkeit habe, im Parlament ihre Stimme zu erheben und so wenigstens ihre Ansicht kundzutun. Dies deute schon darauf hin, wie sehr die vereinfachte Gesetzgebung dem System der Verfassung zuwiderlaufe.

Trotz dieser Bedenken muß nun zunächst festgestellt werden, daß die vereinfachte Gesetzgebung sich in der Praxis der Staaten, Deutschlands sowohl wie Frankreichs und Englands[14]), zunehmend großer Beliebtheit erfreut, ja daß das Überhandnehmen der Rechtsverordnung das förmliche Gesetz geradezu zur Ausnahme werden ließ[15]).

Wird nun also tatsächlich auf Grund dieser Entwicklung gegen Wort oder Geist der Verfassung regiert? Hat die Praxis einen verfassungswidrigen Zustand geschaffen, der stillschweigend aus politischen, praktischen Gründen toleriert wird?

Nein, dies ist nicht der Fall. Fast die gesamte deutsche Staatsrechtswissenschaft vertritt denn auch die Ansicht, daß die Ermäch-

10) Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation S. 25.
11) Verordnungsrecht und Gesetzesdelegation S. 32.
12) Verfassungsmäßigkeit der vereinfachten Gesetzgebung, Arch. d. öff. R. 40. Bd. 1921 S. 156 ff.
13) R. Thoma. Hdb. d. dtsch. Staatsrechts. § 76. S. 227.
14) Carl Schmitt: Ztschr. f. ausl. öff. Recht und Völkerr. Mai 1936 Bd. VI Nr. 2 S. 252 ff.
15) Jacobi, Hdb. d. dtsch. Staatsr. § 77. S. 239.

tigung der Exekutive zum Erlaß von Rechtsverordnungen durch einfaches Gesetz nicht unvereinbar mit dem Wesen der Verfassung und nicht unvereinbar insbesondere mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung ist. Triepel[16]), G. Jellinek[17]), Fleiner[18]) und Thoma[19]) stellen übereinstimmend fest, daß die Gesetzesdelegation durch keine verfassungsrechtliche Vorschrift verboten sei, und daß es eine Überspannung und falsche Auslegung des Prinzips der Gewaltenteilung bedeute, wenn man daraus ableite, die Delegation der Legislative an die Exekutive durch einfaches Gesetz sei unzulässig.

Die Legislative hat nach der Verfassung durchaus die Macht, nicht nur unmittelbar Gesetze zu geben, sondern auch die Stelle zu bestimmen, die die Regelung gewisser Verhältnisse treffen soll[20]). Denn die Verfassung, so sagt Laband[21]), enthalte nichts darüber, welchen Inhaltes ein Gesetz sein müsse. Folglich könne der Inhalt eines Gesetzes — anstatt eben die Regelung eines Gebietes zu übernehmen — auch der sein, festzusetzen, w i e die Regelung eines Gebietes in Zukunft übernommen werden solle.

Dieser Satz Labands, nach dem es der Inhalt eines einfachen Gesetzes sein kann, die Art der Regelung gewisser Verhältnisse zu bestimmen, hat seine volle Richtigkeit unter folgenden beiden Bedingungen:

1. darf die Exekutive nur mit der Verfassung im Einklang stehende Verordnungen erlassen, wenn ihr durch einfaches und nicht verfassungsänderndes Gesetz das Recht dazu delegiert worden ist,

2. darf durch Verordnung nicht ein Gebiet geregelt werden, das nach der Verfassung formelles Gesetz verlangt[22]).

Diese beiden Bedingungen müssen erfüllt sein. Gelingt es uns aber sodann nachzuweisen, daß durch ein einfaches Gesetz, welches die Regelung gewisser Verhältnisse der Exekutive überträgt, wesensmäßig in keiner Weise ein Zustand hervorgerufen wird, der mit der Verfassung nicht in Einklang stünde, so haben wir den Beweis geführt, daß das einfache Erm.Ges. vereinbar mit der Verfassung ist. Dazu ist es wichtig, das Wesen der vereinfachten Gesetzgebung herauszuarbeiten.

Es muß vorweggenommen werden, daß der Ausdruck „vereinfachte Gesetzgebung" irreführend ist und zu der ganzen Scheu gegenüber diesem Gebiet Anlaß gibt, weil durch ihn eben der Anschein erweckt wird, die Regierung würde zur Gesetzgeberin[23]).

---

16) (Auf d. 32. DJT. 1922) vgl. Giacometti S. 30.
17) Gesetz und Verordnung S. 333.
18) Institutionen d. dtsch. Verwaltungsr. S. 71.
19) Der Polizeibefehl im badischen Recht 1. Teil S. 218 und mit geringen Einschränkungen Hdb. d. dtsch. Staatsrechts. II. S. 227.
20) Anschütz: Die gegenwärtige Theorie . . . S. 16/17.
21) Laband: Das Staatsr. d. Deutschen Reiches, 5. Aufl. II. Bd. § 58 S. 96.
22) Carl Schmitt: Gutachten J. O. XVIme année No. 6 S. 777; Derselbe: Ztschr. f. ausl. öff. Recht und Völkerr. 1936 VI, 2 S. 261.
23) Carl Schmitt: J. O. S. 777.

Dies aber ist keineswegs der Fall. Sondern die Legislative bleibt Gesetzgeberin, sie überträgt an die Exekutive nur die Ausführung ihrer Aufgabe, keineswegs aber ihre Aufgabe selbst. Die Exekutive wird also nicht an Stelle der Legislative Gesetzgeberin, sondern sie wird nur ein „Hilfsorgan", das den Willen der Legislative ausführt, dabei aber durchaus in der ihr ursprünglich gemäßen Zone als „Exekutive", „Ausführungsorgane" eben verbleibt[24]).

Die Gewaltenteilung besteht also nach wie vor. Die Exekutive übernimmt einen „Auftrag" der Legislative und führt ihn aus. Kein anderer Zustand liegt vor als bei den Ausführungsverordnungen der Regierung, deren Verfassungsmäßigkeit nie jemand bezweifelt hat[25]).

Es kommt nun, damit diese Wesenserklärung der „vereinfachten Gesetzgebung" nicht ohne Sinn sei, darauf an, daß das Erm.-Ges. tatsächlich einen Charakter hat, der es erlaubt, es in dieser Weise anzusehen. Es kommt darauf an, daß in der Tat die Hegemonie, die Oberleitung, die eigentlich gesetzgebende Tätigkeit in den Händen der Legislative verbleibt, während die Exekutive nicht als Gesetzgeberin, sondern als Beauftragte des Gesetzgebers vor unseren Augen steht.

Damit es so sei, muß denn vor allem die Ermächtigung der Regierung ihre Grenzen haben, sie darf nicht unbeschränkt sein, über ihr muß immer der Wille der ermächtigenden Legislative walten.

Über die Art, die dieser Begrenzung gegeben werden muß, gehen die Meinungen weit auseinander. Ihr Ziel und ihre Aufgabe ist es, den „qualitativen Unterschied" zwischen dem Gesetzgeber, der ermächtigt, und der Exekutive, die ermächtigt wird, zu wahren, die Unterordnung des Ermächtigten unter den Willen des Ermächtigers zu konstatieren[26]). Von fast der gesamten Staatsrechtslehre wird anerkannt, daß die Ermächtigung vor allem nicht unbeschränkt, sondern nur für ein bestimmtes Gebiet gegeben werden darf[27]). Das ist ein wichtiges Erfordernis, denn bei unbeschränkter Ermächtigung würde die Legislative nicht übersehen können, was alles die Exekutive regeln kann. Die Exekutive hätte also nicht nur die Ausübung, sondern in der Tat die Gesetzgebung als solche übertragen bekommen[28]).

Aber diese Einschränkung genügt allein noch nicht. Carl Schmitt sieht es als wesentlichste Stüze der Obergewalt der Legislative an, daß sie das Recht behält, Verordnungen, die ihrem Willen nicht entsprechen, aufheben zu lassen[29]).

---

24) Carl Schmitt: J. O. S. 776 und Ders.: Ztschr. f. ausl. öff. Recht und Völkerr. 1936 Bd. VI, 2 S. 260; Gleispach: P. d. l. C. No. 77 S. 214.
25) Carl Schmitt: J. O. S. 777.
26) Carl Schmitt: J. O. S. 778.
27) Triepel a.a.O. und Jacobi, Hdb. d. dtsch. Staatsr. § 77 S. 242.
28) Jacobi, Hdb. d. dtsch. Staatsr. § 77 S. 242.
29) Carl Schmitt: J. O. S. 778.

Dieses Erfordernis ist von großer Wichtigkeit, weil dann der Wille der Legislative über jeder einzelnen Ausführungshandlung der Exekutive waltet, weil es dann ganz unbestreitbar ist, daß maßgebend allein die Legislative bleibt. Aber weiter kommt diesem Erfordernis eine so große Wichtigkeit aus einem anderen Gesichtspunkte zu. Denn, wenn die Verordnungen der Exekutive vor das Parlament gebracht und auf dessen Wunsch aufgehoben werden müssen, so können die Minderheiten nunmehr ihre Stimme für oder gegen die Verordnungen erheben, genau wie sie es sonst im Parlament bei der Beratung darüber, ob der fragliche Entwurf Gesetz werden solle, hätten tun können. Die Minderheiten werden also nicht um ihre Möglichkeiten gebracht. Ob das Parlament sich freilich ihrer Ansicht anschließt oder nicht, bleibt hier wie da unentschieden. Aber sie haben jedenfalls das Recht, ihre Ansicht kundzutun — wenn nicht bei der Debatte darüber, ob ein Gesetz gemacht werden soll, so doch bei der Debatte darüber, ob eine Verordung aufgehoben werden soll. Das aber ist eine unwichtige Verschiebung, und so wird der Einwand, die Minderheiten würden um ihr Recht gebracht, hinfällig.

Auch hieraus ergibt sich, wie die vereinfachte Gesetzgebung dem System der Verfassung adäquat ist[30]).

Man ist nun daran gegangen, die Forderungen, die gestellt werden müssen, damit das Erm.Ges. als verfassungsmäßig angesehen werden kann, damit es als nichts anderes erscheint, als ein Auftrag der Legislative an die Exekutive, in ein gewisses System zu bringen. Im Rahmen dieses Systems halten sich tatsächlich alle Ermächtigungsgesetze, die es in Danzig in den letzten Jahren gegeben hat. (Erm.Ges. v. 28. Januar 1931, 30. Juni 1931, 1. September 1931 und 28. Juli 1932[31]).

Dieses System nun hat nach Carl Schmitt[32]) für Danzig folgendes Aussehen:

a) Die Ermächtigung muß dem Senat erteilt werden, der gemäß Art. 29 DV. vom Vertrauen des Volkstags abhängig ist.

b) Die Ermächtigung darf nur wirksam sein für eine Regelung, die sich im Rahmen der DV. hält.

c) Sie darf nur wirksam sein für eine bestimmte Zeit.

d) Jedes Ermächtigungsgesetz muß eine wirksame Kontrolle des Volkstags gewährleisten. Die Verordnungen müssen zur Kenntnis des Volkstags gelangen und müssen zurückgenommen werden, wenn der Volkstag es verlangt.

e) Das Erm.Ges. muß bestimmte Gebiete aufzählen, auf denen die Regelung des Senates durch Verordnung allein geschehen kann.

---

30) s. auch Carl Schmitt: J. O. S. 782.

31) Nicht dagegen z. B. die sog. Diktaturverordnungen im Reich und das Erm. Ges. v. 24. 3. 1933. Carl Schmitt: J. O. S. 780 und 776.

32) Carl Schmitt: J. O. S. 780 ff.

Das schließt nicht aus, daß eine Generalklausel weiteren Umfangs und Charakters in der Reihe dieser begrenzten Gebiete auch aufgeführt wird.

Graf Gleispach [33]) formuliert die Bedingungen unter denselben Gesichtspunkten folgendermaßen:

a) Die Ermächtigung darf nicht unbegrenzt sein.

b) Sie darf nicht das Recht geben, Verordnungen zu erlassen, die im Widerspruch mit Geist oder Buchstaben der Verfassung stehen.

c) Sie darf nur für eine bestimmte Zeitdauer gegeben werden.

d) Die Verordnungen auf Grund des Ermächtigungsgesetzes müssen der Kontrolle des Parlamentes unterworfen sein.

Sind diese Bedingungen erfüllt, so kann kein Zweifel mehr daran bestehen, daß die Gesetzgebung im Grunde bei der Legislative geblieben ist. Man kann nicht behaupten, daß der Senat zum Gesetzgeber geworden sei, denn ein so vielen Schranken unterworfenes Gesetzgebungsrecht verdient diesen Namen nicht. Das Prinzip der Gewaltenteilung, der Grundsatz der Konstitution erleidet keine Einbuße [34]).

Es ist nun zu prüfen, wie das Erm.Ges. vom 24. Juni 1933 sich zu diesem System der Bedingungen verhält.

I. Die Ermächtigung ist dem Senat erteilt, der, wie gefordert, vom Vertrauen des Volkstags nach Art. 29 DV. abhängig ist.

II. Aus § 1 des Erm.Ges. ergibt sich unzweideutig, daß Maßnahmen nur im Rahmen der DV. erlassen werden dürfen.

III. § 4 setzt den Zeitpunkt fest, an dem das Erm.Ges. außer Kraft tritt. Es ist also nur für eine bestimmte Zeit gegeben.

IV. Auch die vierte Bedingung ist in einem Paragraphen des Erm.Ges. selbst erfüllt. § 3 nämlich bestimmt, daß die Verordnungen dem Volkstag unverzüglich zur Kenntnis zu bringen und auf sein Verlangen, geäußert in gewisser Zeit, aufzuheben sind.

V. Die fünfte Bedingung geht von dem Gedanken aus, daß eine Ermächtigung, bei der sich nicht übersehen läßt, welchem Gebiete die Regelung durch Verordnung gelten kann, die Oberaufsicht der Legislative entgleiten lassen könnte, und daß es so dazu kommen möchte, daß der Senat im Grunde genommen doch legislative Gewalt in seiner Hand ansammelt. Man sieht hieran, wie flüssig die Grenzen in all diesen Fragen sind. Man kann nicht sagen: Dies ist das Zeichen dafür, daß die Gesetzgebung hier und die Ausführung hier liegt. Es handelt sich um Gewichte und Übergewichte, um feinste und leichteste Nuancen. Aber wenn all das

33) P. d. I. C. S. C No. 77 S. 214.
34) Hierzu auch Gleispach: P. d. I. C. S. C No. 77 S. 214 ff.

erfüllt ist, was wir an Bedingungen gefordert haben, dann kann es keine Frage sein, daß wesensmäßig die Gesetzgebung bei der Legislative verblieben ist[35]).

Die fünfte Bedingung schreibt also vor, daß die Gebiete, auf die sich die Regelung des Senats zu erstrecken hat, dem Grundsatz der Spezifikation unterworfen sein, begrenzt sein müssen.

Dies ist geschehen. Das Erm.Ges. weist 89 Nummern auf, in denen auf das genaueste aufgeführt wird, welche Gebiete durch Verordnungen des Senats geregelt werden können.

Man kann nun dagegen den Einwand erheben, daß dies in Wirklichkeit keine Spezifikation, keine Begrenzung auf gewisse Gebiete sei, da in den 89 Nummern fast das gesamte öffentliche Leben enthalten sei, und daß die Verordnungen des Senates also das ganze öffentliche eLben ergreifen könnten.

Aber der Einwand ist nicht stichhaltig. Es ist ganz unmöglich, eine Grenze zu ziehen, etwa in der Art, daß 60 Nummern erlaubt seien, 61 aber verboten seien[36]).

Es handelt sich nicht um die Anzahl der Nummern, sondern darum, daß der Volkstag übersehen kann und weiß: hier werden Verordnungen erlassen, zu denen der Senat ermächtigt ist. Diesem Sinn der Begrenzung wird aber ein Gesetz mit 89 Nummern ebenso gerecht, wie eines mit weniger Nummern.

Außerdem sah die neuere Theorie die einzige Bedingung für ein Erm.Ges. darin, daß eine Begrenzung auf ein „bestimmtes Gebiet" deutlich gemacht werde[37]). Wäre das hier geschehen, so hätte man sich z. B. mit den Titeln, in denen die einzelnen Nummern zusammengefaßt sind, allein begnügen können[38]), oder man hätte viele Nummern unter umfassenderem Namen zusammenfassen können[39]). Auf diese Weise wäre die Zahl der Nummern ganz wesentlich zu beschränken gewesen, und es wäre also so leicht gewesen, dem Gesetz ein gefälligeres Aussehen zu verleihen. Dem Sinne nach wäre es freilich dasselbe geblieben wie es jetzt ist.

Aber das System der vielen Nummern entspringt dem Verlangen, die Kontrolle des Volkstags zu erleichtern, die Spezifikation so

35) (Da aber in letzter Zeit immer mehr Ermächtigungsgesetze herauskommen, die Regierungen immer mehr durch Verordnungen regieren, so ist das ein Zug, der, obwohl am verfassungsmäßigen Gesicht des einzelnen Gesetzes sich gar nichts ändert, freilich doch wieder dazu verleiten könnte, anzunehmen, daß die Entwicklung zu einer gewissen Auflockerung des Prinzips der Gewaltenteilung führen mag. Alles ist in diesen Dingen im Fluß. Der Begriff bleibt konstant. Aber das Leben fließt darunter her, ohne sich um seine Grenzen zu kümmern und ohne haargenau unter diesen oder jenen Begriff erfaßt werden zu können.) Vgl. Carl Schmitt: Ztschr. f. ausl. öff. Recht und Völkerr. 1936 Bd. VI, 2 S. 253.

36) Gleispach a.a.O. S. 215; Carl Schmitt: J. O. S. 781.

37) Carl Schmitt: J. O. S. 778 und Ders.: Ztschr. f. ausl. öff. Recht und Völkerr. 1936 Bd. VI, 2 S. 265.

38) Gleispach a.a.O. S. 215.

39) Carl Schmitt: J. O. S. 781.

genau wie möglich durchzuführen, alles aufs peinlichste genau auszudrücken, sich nicht mit unklaren Formeln zu begnügen. Wäre ein System mit wenigen allgemeinen Nummern nach außen gefälliger, so ist dieses System nach außen nicht so gefällig, in Wahrheit aber korrekter, wenn man — wie wir es tun — von dem Gedanken ausgeht, daß es in erster Linie darauf ankommt, daß die Legislative die Ermächtigung übersehen kann und daß es dann nicht schadet, wenn sie auch einen großen Umfang hat.

Daß alle Gebiete des öffentlichen Lebens erfaßt werden, hindert, da die Kontrollmöglichkeit besteht, nicht die Verfassungsmäßigkeit [40]).

Außerdem ist neben dieser Aufzählung noch ein zweites System der Begrenzung in diesem Gesetz zur Anwendung gekommen. § 2 schreibt 7 Bedingungen vor, unter deren Vorliegen allein der Senat überhaupt vom Verordnungsrecht Gebrauch machen darf. Es gibt Ermächtigungsgesetze, die, ohne verfassungswidrig zu sein, sich mit einer Art der Begrenzung begnügen [41]).

Nun ist der 89. Punkt des Gesetzes eine Generalklausel, und man hat gesagt, wenn nicht alle öffentlichen Gebiete durch die 88 anderen Nummern erfaßt worden sind, so verwischt die Nr. 89 wirklich alle Grenzen, und von einer Beschränkung kann gerechterweise nicht mehr gesprochen werden.

Aber auch hiergegen läßt sich vieles einwenden.

Die neuere Theorie geht dahin, daß die Beschränkung der Ermächtigung durchaus in einer umfassenden Weise geschehen kann [42]).

In den übrigen 88 Nummern hat sich das Erm.Ges. nicht nach dieser Theorie gerichtet, sondern ins Detail gehend spezialisiert. Im 89. Punkt nun geht es gemäß der neuen Theorie vor. In Wirklichkeit ist denn auch die 89. Nummer durchaus ein „beschränktes Gebiet". Die Beschränkung liegt darin, daß es sich 1. um Maßnahmen zur sofortigen Behebung von Notständen handeln muß, und daß 2. auch die 89. Nummer den Vorschriften des § 2 unterworfen ist. 3. Auch diese Maßnahmen müssen, wie ausdrücklich vermerkt ist, im Rahmen der DV. verbleiben [43]). So haben wir denn in Nr. 89 keineswegs Unübersichtlichkeit, noch eine schrankenlose Ermächtigung des Senats, sondern es ist auch hier durchaus für die Möglichkeit der Kontrolle des Volkstags gesorgt.

Die beiden Ermächtigungsgesetze vom 1. September 1931 [44]) und vom 28. Juni 1932 [45]) enthalten übrigens ebensolche Generalklauseln, und ihre Verfassungsmäßigkeit wurde nicht in Frage gestellt. So wäre denn dargetan, daß das Erm.Ges. vom 24. Juni 1933 mit der DV. nicht im Widerspruch steht.

40) Carl Schmitt: J. O. S. 781.
41) Gleispach a.a.O. S. 215.
42) Carl Schmitt: J. O. S. 778.
43) Carl Schmitt: J. O. S. 784.
44) Ges.Bl. S. 719.
45) Ges.Bl. S. 403.

Wir wollen uns nun noch mit einem Einwand auseinandersetzen, den die Petitionäre [46]) gegen das Erm.Ges. geltend gemacht haben.

Sie behaupteten dort, daß das Erm.Ges. mit der Auflösung des Volkstags, der es erlassen hat, im Februar 1935 erloschen sei.

Das Erm.Ges. enthalte die Zustimmung des Volkstags zu den Maßnahmen, die der Senat in Zukunft treffe. Eine solche Zustimmung könne der ermächtigende Volkstag aber nur für sich und keineswegs für seinen Nachfolger aussprechen. Es wäre sonst der Fall geschaffen, daß der nachfolgende Volkstag von vorneherein von der Gesetzgebung ausgeschlossen sei und ein Volkstag minderen Rechtes sei. Es sei also klar, daß das Ende des ermächtigenden Volkstags das Ende der Ermächtigung mit sich zöge.

Dagegen ist zu sagen, daß das Erm.Ges. wie jedes andere Gesetz das erlassende Parlament überdauert.

Es besteht kein Grund, warum das Erm.Ges. eine Ausnahme machen sollte, zumal die Neuwahl des Volkstags in Danzig zwar eine Mehrheit der NSDAP. mit sich brachte, aber keineswegs wie in Deutschland das Ende der demokratisch-parlamentarischen Staatsform bedeutete.

Der Einwand, daß der nächste Volkstag ein Volkstag minderen Rechtes sei, ist nicht stichhaltig, denn dieser Volkstag braucht ja nur durch Gesetz nach Art. 43 DV. die Aufhebung des Erm.Ges. zu beschließen [47]).

2. Rechtsverordnungen auf Grund des Ermächtigungsgesetzes.

Die zweite Frage ist nun die, ob die beiden uns interessierenden Verordnungen durch das Erm.Ges. gedeckt sind, d. h. also, ob sie sich in dem Rahmen halten, in dem auf Grund des Erm.Ges. Verordnungen gegeben werden durften, ob sie nicht weitergehen, als es Verordnungen auf Grund des einfachen Erm.Ges. verfassungsmäßig möglich ist.

Zunächst ergibt die Prüfung des Verhältnisses zwischen Erm.-Ges. und Verordnungen folgendes [48]):

Die Strafrechtsverordnung ist erlassen auf Grund § 1 Z. 28 des Erm.Ges.

Wenn Z. 9 erlaubt, Maßnahmen zur Erhöhung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu treffen, so braucht die Frage, ob unsere Verordnung eine solche Maßnahme darstellt, gar nicht erörtert zu werden, da sie durch Z. 28 auf jeden Fall ausreichend gedeckt ist. Man machte zwar geltend, daß hier keine „Reform", sondern eine Zurückführung des Strafrechts in mittelalterliche Zustände vorge-

46) Note explicative „B" P. d. l. C. s. C No. 77 S. 134.
47) Prof. Grimm: P. d. l. J. s. C No. 77 S. 226.
48) Prof. Grimm: P. d. l. J. s. C No. 77 S. 227.

nommen worden sei[49]), aber das ist ein Vorwurf, den aufrecht zu erhalten, kaum gelingen kann. Darüber, was man eine Reform und was man eine Reaktion, eine Verbesserung oder eine Verschlechterung nennen will, werden die Ansichten immer auseinandergehen, und es muß der Repräsentation des Staates wohl überlassen bleiben, das als Reform zu bezeichnen, daß ihm eine Reform darzustellen scheint[50]).

Die Strafprozeßverordnung ist gestützt auf § 1 Z. 22 und § 1 Z. 25. Auch hier also eine genaue Einhaltung der Grenzen des Ermächtigungsgesetzes.

Weiter macht der Senat von seinem Recht, Verordnungen zu erlassen, Gebrauch auf Grund des § 2 d u. f.

Auch hier ein striktes Verbleiben im Rahmen der Delegation.

Aber die Verordnungen geben noch zu anderen Überlegungen Anlaß. Wird auf Grund der neuen Strafrechtsverordnung jemand bestraft, wird er z. B. mit einer Freiheitsstrafe belegt, so ist dies ein Eingriff in die persönliche Freiheit.

Art. 74 DV. bestimmt, daß die Freiheit der Person unverletzlich sei und daß eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit nur auf Grund von Gesetzen zulässig sei.

Wir haben also den Fall vor uns, daß hier ein „Eingriff" in die Grundrechte der Verfassung erfolgen kann, auf Grund einer Verordnung, die sich auf ein einfaches Ermächtigungsgesetz stützt.

Da die Grundrechte den wesentlichen, charakteristischen Teil der Verfassung bilden, erhebt sich die Frage, ob eine Einschränkung der Grundrechte nicht 1. nur durch formelles Gesetz erfolgen kann, oder ob nicht 2. wenigstens die Verordnung, die hier in diesem wesentlichen Teil der Verfassung Änderungen herbeiführt— wenn schon eine Verordnung zugelassen sein soll —, der Delegation durch verfassungsänderndes Gesetz bedarf, sodaß dann unsere Verordnungen über den Rahmen unseres einfachen Ermächtigungsgesetzes hinausgingen.

Beide Fragen werden von der herrschenden Staatsrechtslehre mit gutem Grund verneint.

Thoma[51]) sagt, daß der Sinn der Vorschrift, nach der die grundrechtlichen Bestimmungen nur durch Gesetz eingeschränkt werden könnten, der sei, eine solche Einschränkung nur allgemeiner Normierung vorzubehalten[52]), nicht aber die Einschränkung der individuellen, also einen einzelnen Fall betreffenden Regelung zuzu-

---

49) P. d. l. C. s. C No. 77: Note expl. „B" S. 136.

50) Der Geist der Zeit, der in der Gesetzgebung Ausdruck findet und sich somit verwirklicht und durchsetzt.

51) Hdb. d. dtsch. Staatsr. SS. 150, 226.

52) „Gesetzesvorbehalt" der Grundrechtsbestimmungen im Gegensatz zu „Vorbehalt des Gesetzes" derjenigen Rechtsnormen, die bestimmen, daß eine Maßnahme nur durch förmliches Gesetz getroffen werden kann. Thoma: Hdb. d. dtsch. Staatsr. S. 221 Anm. 2 z. B. Art. 2; 18, 1—3, 5, 6; 45. 2, 3; und 46; usw.

billigen. Ob die generelle Einschränkung aber durch Gesetz im formellen Sinne oder durch Verordnung auf Grund zureichender Delegation erfolge, das könne nicht Gegenstand von Bedenken sein. So auch das Reichsgericht[53]).

Die erste Frage, ob der Gesetzesvorbehalt der Grundrechtsbestimmungen durch Verordnung ausgefüllt werden kann, muß also bejaht werden. Die zweite Frage ist die, ob das einfache Gesetz als Delegation auch zur Verordnung, die solchermaßen in die Grundrechte eingreift, genügt. Und auch diese Frage ist mit der herrschenden deutschen Staatsrechtslehre zu bejahen.

Lautete der Art. 74 DV. nur: „Die Freiheit der Person ist unverletzlich", so wäre es natürlich unmöglich, auf Grund einfachen Gesetzes hier durch eine Verordnung eine Änderung vorzunehmen. Der zweite Satz, der die Einschränkung der Freiheit auf Grund von Gesetzen zuläßt, ist aber ebenfalls ein in der Grundrechtsvorschrift der Verfassung enthaltener Satz und durch diesen Gesetzesvorbehalt „werden viele grundrechtliche Normen der Verfassung aus verfassungskräftigen zu bloß gesetzeskräftigen abgeschwächt"[54]). Auf Grund dieses zweiten, ebenfalls in der Grundrechtsnorm selbst enthaltenen Satzes steht die das Grundrecht einschränkende Bestimmung nicht im Gegensatz zur Verfassung, sondern ist vielmehr verfassungsgemäß. Es ist also nicht einzusehen, warum es des verfassungsändernden Gesetzes bedürfen solle, um zu solcher einschränkenden Bestimmung zu delegieren.

So schreibt denn Jacobi[55]): „Die Ermächtigung überträgt der Verwaltung die bindende, rechtssatzschaffende Kraft des Gesetzes und bei entsprechendem Inhalt die dem Gesetz innewohnende Fähigkeit zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum; eine solche von der Verwaltung erlassene Rechtsverordnung genügt infolgedessen regelmäßig zur Ausfüllung des Gesetzesvorbehaltes in den Grundrechten der Reichsverfassung". Und: „Die Zuständigkeit der staatlichen Verwaltung zum Erlaß von Rechtsverordnungen kann aber auch durch einfaches Gesetz begründet werden, indem ein solches seine rechtssatzschaffende Kraft und möglicherweise auch seinen Vorrang der staatlichen Exekutive in begrenztem Umfang zur Ausübung überträgt. ... Als Schranken wirken die von Thoma sogenannten zwingenden Sondervorbehalte des Gesetzes in der Verfassung, denn das einfache Gesetz kann die Verfassung nicht ändern".

Als Schranke wirken demnach nicht die Gesetzesvorbehalte der Grundrechte. Das Ergebnis ist überzeugend, da ja, wie wir gezeigt haben, dabei von einer Verfassungsänderung nicht die Rede sein kann.

Der Ausfüllung des Gesetzesvorbehalts in den Grundrechten durch Verordnung auf Grund einfachen Delegationsgesetzes steht also nichts im Wege.

53) RGZ. Bd. 102 S. 165.
54) Thoma: Hdb. d. dtsch. Staatsr. S. 221 Anm. 2.
55) Hdb. d. dtsch. Staatsr. S. 240, 242.

So wäre denn die Verfassungsmäßigkeit des Ermächtigungsgesetzes vom 24. Juni 1933 und der beiden Verordnungen vom 31. August 1935, soweit ihre Verfassungsmäßigkeit in ihrer Beziehung zu dem Erm.Ges. in Frage kommt, nachgewiesen.

II. Das Gutachten der Cour.

Das Gutachten [56]), das die Cour am 4. Dezember 1935 über die ihr vorgelegte Frage abgegeben hat, ob die beiden Verordnungen vereinbar oder nicht vereinbar mit Text oder Geist der DV. seien, beginnt mit einer Schilderung der Umstände, die dazu führten, daß die Cour sich mit dieser Frage beschäftigte [57]) und führte dann aus, welches Verfahren in dieser Angelegenheit zur Anwendung kam und wie die Ereignisse in diesem „Prozeß" sich abwickelten.

Mit diesem höchst wichtigen Teil des Gutachtens werden wir uns im zweiten völkerrechtlichen Teil dieser Arbeit beschäftigen.

An dieser Stelle handelt es sich um die der Cour vorgelegte Frage in sich, und so soll das Gutachten hier nur soweit dargestellt werden, als seine eigene rechtliche Problematik es verlangt.

Die Cour entscheidet über die Frage, ob die beiden Verordnungen mit der DV. vereinbar sind oder nicht. Das ist das rechtliche Problem dieses Teils der Arbeit. Die Ansicht der Cour und unsere Stellungnahme dazu wird hier gegeben werden müssen.

Der sachliche Teil des Gutachtens beginnt mit der Darstellung der beiden in Frage stehenden Verordnungen.

Alsdann wird auf die Petition der drei Parteien hingewiesen. Aus dieser Petition ergäbe sich, daß nach der Ansicht der Petitionäre die Verordnungen die Strafrechtspflege von Grund auf umstürzten und der Willkür Tür und Tor öffneten. Die Einführung der Verordnungen stelle sich als Verletzung der Art. 73 und 74 DV. dar.

Es folgt, wie der Hohe Kommissar den Senat um Stellungnahme zu dieser Petition gebeten hat, und wie die Petition an den Völkerbund weitergeleitet worden ist.

Dem VBR. waren, wie es aus der Rede des Berichterstatters Eden hervorging, einige rechtliche Probleme unklar [58]). Auf Vorschlag des Berichterstatters wurde die Cour um ein Gutachten gebeten.

Auch der folgende Teil des Gutachtens, der sich mit der Zuständigkeit der Cour auseinandersetzt, gehört in den völkerrechtlichen Teil dieser Arbeit.

Das Gutachten geht weiter.

---

56) P. d. I. C. S. A/B No. 65 S. 41 ff.
57) Vgl. Teil A ds. Arb.
58) vgl. S. 3 ds. Arb.

Die der Cour unterbreitete Frage geht dahin, zu wissen, ob die genannten Verordnungen vereinbar mit der DV. sind, oder ob im Gegenteil sie eine der Vorschriften oder eines der Prinzipien dieser Verfassung verletzen.

Um auf diese Frage antworten zu können, mußte ein Vergleich zwischen dem Text der Verordnungen und dem Text und den dem Text zugrundeliegenden Grundsätzen der DV. vorweg genommen werden.

Zuerst werden die Veränderungen, die die Verordnungen dem Strafrecht haben widerfahren lassen, charakterisiert.

„Das [59]) in Danzig vor der Verkündung der Verordnungen geltende Strafgesetzbuch bestimmte in § 2 Abs. 1: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde". Diese Vorschrift gibt den beiden wohlbekannten Grundsätzen Ausdruck: „Nullum crimen sine lege" und „nulla poena sine lege". Das Gesetz allein bestimmt und erläutert eine strafbare Handlung. Das Gesetz allein bestimmt die Strafe. Eine Strafe kann in einem gegebenen Falle nicht verhängt werden, wenn sie nicht vom Gesetz für diesen Fall verordnet wird. Eine Strafe, die von dem Gesetz für einen besonderen Fall verordnet wird, kann nicht in einem anderen Falle verhängt werden. Mit anderen Worten: Strafgesetze können nicht entsprechend angewendet werden.

Die erste Verordnung betreffend das Strafgesetzbuch bestimmt, daß eine Handlung strafbar ist,

1. wenn sie das Gesetz für strafbar erklärt,
2. wenn sie nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient; findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.

Ziff. 1 bedarf keiner Erläuterung. Ziff. 2 ist eine Neuerung, die sorgfältiger Prüfung würdig ist. Wenn keine ausdrücklich anwendbare gesetzliche Vorschrift besteht, kann jemand nach der neuen Strafbestimmung bestraft werden, wenn zwei Bedingungen erfüllt sind: a) die Handlung muß nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes Bestrafung verdienen, und b) die Handlung muß nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdienen.

Das Verfahren zur Anwendung dieser Regel ist in der zweiten Verordnung niedergelegt, in der die beiden Bedingungen in umgekehrter Reihenfolge vorgeschrieben werden. Das heißt, die Staatsanwaltschaft (§ 170 a) und das Gericht (§ 267 a) müssen, falls eine Handlung nicht durch das Gesetz für strafbar erklärt wird, zunächst den Maßstab des gesunden Volksempfindens anwenden und, wenn

59) Von hier aus wörtlich P. d. I. C. S. A/B No. 65 S. 51. Deutsche Ausgabe 12. Bd. 1935 S. 65 ff.

festgestellt wird, daß die Handlung Bestrafung verdient, dann prüfen, ob der Grundgedanke eines Strafgesetzes ebenfalls erfordert, daß sie bestraft wird.

Ziel dieser neuen Bestimmungen soll sein, den Richter instand zu setzen, Recht zu schaffen, um Lücken der Strafgesetzgebung auszufüllen. Das kann gefolgert werden aus der Überschrift des Art. I der ersten Verordnung: „Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze" und der Überschrift des Art. I der zweiten Verordnung: „Freiere Stellung des Richters. I. Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze".

Der Staatsvertreter der Freien Stadt behauptet, daß nach der neuen Auffassung des Strafrechts wirkliche Gerechtigkeit an die Stelle der formellen treten und daß hinfort die Regel: „nullum crimen sine poena" anstelle von „nullum crimen sine lege" und „nulla poena sine lege" gelten solle. Der Senat der Freien Stadt hat eingehende Ausführungen betreffend die Vorzüge des neuen strafrechtlichen Gedankens gegenüber dem alten gemacht. Hiermit hat sich der Gerichtshof nicht zu befassen. Ihn geht allein die Frage an, ob die beiden Verordnungen irgendwelche Vorschriften oder Grundsätze der Verfassung verletzen.

Nach den beiden Verordnungen kann jemand nicht nur, wie bisher, auf Grund einer ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes verfolgt und bestraft werden, sondern auch gemäß dem Grundgedanken eines Gesetzes und gemäß gesundem Volksempfinden.

Es mag dahingestellt bleiben, welches der Zusammenhang zwischen den beiden Merkmalen ist ....; jedenfalls ist klar, daß die Entscheidung, ob eine Handlung unter den Grundgedanken eines Strafgesetzes fällt und auch ob sie durch das gesunde Volksempfinden verurteilt wird oder nicht, der individuellen Würdigung des Richters oder der Staatsanwaltschaft überlassen bleibt. Es handelt sich nicht um die Anwendung des Gesetzeswortlauts selbst — der nach aller Vermutung so gefaßt sein wird, daß er sowohl dem Richter als auch dem Angeklagten in gleicher Weise klar ist. Es handelt sich vielmehr um die Anwendung dessen, was nach der Ansicht des Richters (oder der Staatsanwaltschaft) mit dem Grundgedanken eines Strafgesetzes übereinstimmt und was nach der Ansicht des Richters (oder der Staatsanwaltschaft) durch das gesunde Volksempfinden verurteilt wird. Die Meinung eines Richters über die einem Gesetz zugrundeliegende Absicht ist zwangsläufig eine Angelegenheit der individuellen Würdigung des Sachverhalts, und das Gleiche gilt von seiner Meinung darüber, was durch das gesunde Volksempfinden verurteilt wird. Anstatt daß ein dem Richter und dem Angeklagten gleichmäßig klares Strafgesetz angewendet wird, wie dies unter dem früher in Danzig geltenden Strafrecht der Fall war, besteht nach den neuen Verordnungen die Möglichkeit, daß jemand zur Untersuchung gezogen und bestraft wird für eine Handlung, deren Rechtswidrigkeit er aus dem Gesetz nicht erkennen konnte, weil die Strafbarkeit ganz von der Würdigung der Lage

durch die Staatsanwaltschaft und den Richter abhängt. Demgemäß ersetzt ein System, in dem der strafbare Charakter einer Handlung und die damit verknüpfte Strafe allein dem Richter bekannt sind, ein System, in dem diese Kenntnis gleichmäßig dem Richter und dem Angeklagten zugänglich war.

Es darf auch nicht übersehen werden, daß eine inividuelle Meinung über die einem Gesetz zugrundeliegende Absicht oder eine individuelle Meinung darüber, was durch das gesunde Volksempfinden verurteilt wird, je nach dem Beurteiler wechseln kann. Gesundes Volksempfinden ist ein sehr unbestimmter Maßstab. Es ist von dem Staatsvertreter der Freien Stadt als „eine Überzeugung, die den strengen Anforderungen der Moral entspricht", erläutert worden. Diese Erläuterung deckt das ganze außerhalb des Gesetzes liegende Feld dessen, was nach der sittlichen Auffassung oder den religiösen Empfindungen des Einzelnen gut und böse ist. Daraus folgt, daß das gesunde Volksempfinden bei denen, die ihm entsprechend zu handeln haben, verschiedene Regeln des Verhaltens bedeuten kann. Deshalb ist eine Gesetzgebung notwendig, um die genauen Grenzen zwischen Moral und Gesetz festzulegen. Ein angebliches Merkmal des gesunden Volksempfindens, selbst wenn es mit der Bedingung der Anwendung des Grundgedankens eines Strafgesetzes verknüpft wird, könnte dem Einzelnen keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Grenzen geben, außerhalb deren seine Handlungen strafbar sind."

Das Gutachten führt dann aus, daß eine Unvereinbarkeit der Verordnungen mit der DV. aus drei Gründen bestehen könnte: 1. Die Verordnungen können inhaltlich nicht vereinbar mit Text oder Geist der DV. sein; 2. sie können die Grenze überschreiten, innerhalb deren das Erm.Ges. den Senat ermächtigt. 3. Das Erm.-Ges. kann selbst im Gegensatz zur DV. stehen.

Die dritte Frage ist der Cour nicht ausdrücklich vorgelegt. Sie beschäftigt sich nicht damit. Die zweite Frage braucht nur in dem Fall untersucht zu werden, wenn die Cour zur Auffassung kommt, daß die Verordnungen inhaltlich die DV. nach Wort oder Geist nicht verletzen. Ist aber der Wortlaut oder ein Grundsatz der DV. durch die Verordnungen verletzt, so genügt das, um die Nichtvereinbarkeit der Verordnungen mit der DV. darzutun.

Deshalb wird die Cour die ihr vorgelegte Frage zuerst behandeln, indem sie die Verordnungen unter dem Gesichtspunkt ihres Inhalts untersucht.

Verschiedene Prinzipien lassen sich aus den Art. der DV. ableiten. In erster Linie hat die Verfassung die Stadt unter ein Regime gestellt, in dem alle Staatsorgane in den Grenzen der Gesetzmäßigkeit verbleiben müssen (Rechtsstaat). Sodann muß festgestellt werden, daß die DV. aus zwei Teilen sich zusammensetzt, von denen der erste: „Aufbau des Staates" und der zweite „Grundrechte und Grundpflichten" überschrieben ist. Die freie Ausübung dieser

Rechte in den vom Gesetz bestimmten Grenzen, stellt einen der Grundsätze der Verfassung dar.

Das Prinzip, nach dem die Freie Stadt als „Rechtsstaat" vor uns steht, zeigt sich zunächst in der Art, in der der Senat seine Funktionen ausüben muß. Freilich leitet er die Verwaltung selbständig, und gewiß hat er die erforderlichen Vorschriften zu erlassen, um für die Sicherheit und die Wohlfahrt des Staates zu sorgen. Aber diese wichtigen Funktionen müssen immer im Rahmen der DV. und der Gesetze ausgeübt werden (Art. 39 b u.f. DV.).

Der Rechtsstaatscharakter zeigt sich aber besonders im zweiten Hauptteil (Art. 71 ff.), der von den Grundrechten und Grundpflichten handelt. Im vorliegenden Falle sind es einzig die Grundrechte, mit denen man sich beschäftigen muß.

Der Sinn der Grundrechtsvorschriften, die sich in den meisten Verfassungen seit Beginn des 19. Jahrhunderts finden, ist es, die Stellung des Einzelnen in der Gemeinschaft zu bestimmen und ihm die Garantien zu geben, die im Hinblick auf seine Stellung gegenüber dem Staat für notwendig gehalten werden. So ist das Wort „Grundrechte" immer verstanden worden.

Die [60]) DV. legt auf die Wichtigkeit und Unverletzlichkeit der einzelnen Freiheiten, die aus diesen Grundrechten folgen, ganz besonderen Nachdruck. Art. 71 bestimmt, daß die „Grundrechte und Grundpflichten Richtschnur und Schranke für die Gesetzgebung, die Rechtspflege und die Verwaltung bilden" sollen. Alle in Teil I der Verfassung behandelten Staatsorgane müssen sich daher von diesen Grundrechten leiten lassen, die zugleich ihrer Tätigkeit Grenzen setzen.

Gegenstand einer großen Zahl der Artikel des Teils II der Verfassung ist die Gewährung wesentlicher Rechte an die Einzelpersonen. So sieht Art. 74 vor, daß die Freiheit der Person unverletzlich ist. Art. 75 gewährt die Freizügigkeit innerhalb der Freien Stadt, das Recht des Aufenthalts und der Niederlassung, des Erwerbs von Grundeigentum und das Recht, den Lebensunterhalt in beliebiger Weise zu erwerben. Art. 79 gibt den Einzelpersonen das Recht zur freien Meinungsäußerung durch Wort, Schrift oder in jeder sonstigen Weise. Die Art. 84 und 85 verleihen ein Recht zur Versammlung und Vereinigung. Allgemein gesprochen umfaßt Teil II der Verfassung praktisch alle Seiten des Lebens einer Einzelperson in ihrer öffentlichen und privaten Tätigkeit.

Allerdings gewähren nicht alle diese Bestimmungen absolute und uneingeschränkte Rechte. Die Verfassung sieht vor, daß im Allgemeininteresse der Gemeinschaft einige dieser Freiheiten der Einzelperson begrenzt werden können. Aber solche Einschränkungen können nur durch Gesetz bestimmt werden. Das wird in einer großen Zahl von Artikeln des Teils II der Verfassung ausgesprochen, und das ist gerade das Wesentliche der für diese Freiheiten

60) Von hier aus wörtlich, vgl. Deutsche Ausgabe S. 69 ff.

oder Grundrechte gewährten Garantie. Das zeigt sich näher in den drei erwähnten Artikeln, die die wesentlichen Seiten der Freiheit behandeln: persönliche Freiheit, deren Beeinträchtigung oder Entziehung durch die öffentliche Gewalt nur auf Grund eines Gesetzes zulässig ist (Art. 74); — das Recht der Freizügigkeit, des Aufenthalts und der Niederlassung, das nur auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann (Art. 75); — die Freiheit der Meinungsäußerung innerhalb der gesetzlichen Grenzen; kein Nachteil irgendwelcher Art darf jemand treffen, „wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht" (Art. 79).

Die Vertreter der Freien Stadt haben behauptet, daß die Verordnungen vom 29. August 1935 aus dem folgenden Grunde keinerlei Verletzung der DV. bedeuten: Die Verordnungen, so führen sie aus, hätten gemäß dem Gesetz vom 24. Juni 1933, auf Grund dessen sie erlassen seien, Gesetzeskraft; die Artikel der Verfassung über die Freiheiten der Einzelpersonen gestatteten gesetzliche Einschränkungen; demgemäß seien die durch die Verordnungen vom 29. August 1935 eingeführten Einschränkungen auf Grund eines Gesetzes vorgenommen und ständen daher mit den Erfordernissen der Verfassung im Einklang.

Der Gerichtshof kann sich dieser Auffassung nicht anschließen. Das Wort „Gesetz" in diesen Artikeln der Verfassung bedeutet nicht nur einen gesetzgeberischen Akt schlechthin, sondern weiter einen solchen, dessen Inhalt der Verfassung entspricht und der insbesondere die Grundsätze, auf denen die Verfassung aufgebaut ist, beachtet. Da der Gerichtshof, wie bereits oben ausgeführt, augenblicklich erörtert, ob die Verordnungen mit der Verfassung vereinbar sind, nicht unter dem Gesichtspunkt ihrer Form oder rechtlichen Grundlage, sondern unter dem ihres Inhalts, so wird er nicht bei der Prüfung verweilen, ob die Verordnungen die erste dieser Bedingungen erfüllen. Was die zweite Bedingung angeht, so bemerkt er, daß sich unter den Grundsätzen, die die Verordnungen zu beachten haben, derjenige befindet, der die Stellung der Einzelperson bestimmt, indem er ihr gewisse Grundrechte gewährt. Die Regel, daß ein Gesetz zur Beschränkung der in der Verfassung vorgesehenen Freiheiten erforderlich ist, schließt daher die Folge ein, daß das Gesetz selbst die Bedingungen erläutern muß, unter denen solche Beschränkungen der Freiheit auferlegt werden. Wenn dem nicht so wäre, d. h. wenn ein Gesetz einfach einem Richter die Befugnis geben könnte, eine Person der Freiheit zu berauben, ohne die Umstände festzulegen, unter denen ihr die Freiheit genommen werden kann, könnte es eine Vorschrift, wie sie in Art. 74 der Verfassung enthalten ist, vollkommen gegenstandslos machen. Die Verordnungen vom 29. August 1935 aber bringen, wie der Gerichtshof bereits oben dargelegt hat, nicht nur nicht irgend eine solche Bestimmung, sondern ermächtigen den Richter, eine Person ihrer Freiheit sogar wegen einer nicht gesetzlich verbotenen Handlung zu berauben, sofern er sich auf den Grundgedanken eines Strafgesetzes

oder das gesunden Volksempfinden stützt. Die Verordnungen übertragen daher dem Richter eine wichtigste Aufgabe, die die Verfassung wegen ihres bedeutungsvollen Charakters dem Gesetz vorbehalten wollte, um die Freiheit des Einzelnen vor jedem willkürlichen Angriff durch die Staatsorgane zu schützen.

Es ist richtig, daß ein Strafgesetz nicht immer alle Einzelheiten regelt. Durch Anwendung eines Systems allgemeiner Begriffsbestimmung überläßt es mitunter dem Richter nicht nur seine Auslegung, sondern auch die Bestimmung, wie es anzuwenden ist. Die Frage, wann diese Methode in Widerspruch mit dem Grundsatz kommt, daß die Grundrechte nur durch Gesetz beschränkt werden dürfen, mag nicht leicht zu beantworten sein. Aber es gibt Fälle, wo die dem Richter überlassene diskretionäre Befugnis zu weit geht, als daß irgend ein Zweifel daran bestehen könnte, daß sie diese Grenzen überschreitet. Ein solcher Fall liegt dem Gerichtshof in dem gegenwärtigen Verfahren vor.

Das Problem der Unterdrückung des Verbrechens kann von zwei verschiedenen Gesichtspunkten, vom Standpunkt der Einzelperson und vom Standpunkt der Gemeinschaft aus, angefaßt werden. Vom ersteren Standpunkt aus ist das Ziel der Schutz der Einzelperson gegen den Staat; dieses Ziel findet seinen Ausdruck in dem Grundsatz: „nulla poena sine lege". Vom zweiten Standpunkt aus ist das Ziel der Schutz der Gemeinschaft gegen den Verbrecher; das beruht auf dem Grundsatz: „nullum crimen sine poena". Die Verordnungen vom 29. August 1935 beruhen auf der letzteren Auffassung, die Danziger Verfassung auf der ersteren. Denn die Verfassung wählt als Ausgangspunkt die Grundrechte der Einzelperson; diese Rechte können allerdings, wie bereits ausgeführt, im allgemeinen öffentlichen Interesse beschränkt werden, aber nur auf Grund eines Gesetzes, das selbst die Bedingungen einer solchen Beschränkung genau bestimmen und insbesondere die Grenze ziehen muß, außerhalb deren eine Handlung nicht länger als die Ausübung einer grundrechtlichen Freiheit gerechtfertigt werden kann und zu einer strafbaren Handlung wird. Es muß dem Einzelnen möglich sein, vorher zu wissen, ob seine Handlungen gesetzlich erlaubt oder strafbar sind.

Im Ergebnis ist der Gerichtshof der Ansicht, daß die Verordnungen vom 29. August 1935 nicht vereinbar sind mit den Garantien, die Teil II der DV. für die Grundrechte vorsieht, und daß sie insbesondere nicht mit den Art. 74, 75 u. 79 vereinbar sind. Weiter ist der Gerichtshof der Ansicht, daß die Verordnungen die Grundsätze verletzen, auf denen, wie bereits dargelegt, der Teil II der Verfassung beruht.

Aus diesen Gründen
ist der Gerichtshof
mit 9 gegen 3 Stimmen der Ansicht, daß die beiden Verordnungen vom 29. August 1935 nicht mit der Verfassung der Freien Stadt Dan-

zig vereinbar sind und gewisse Vorschriften und gewisse Grundsätze derselben verletzen.

Geschehen in englischer .....

Der Präsident des Gerichtshofs:
gez. Cecil J. B. Hurst.

Der Generalsekretär des Gerichtshofs:
gez. A. Hammarskjöld.

III. Würdigung des Gutachtens. Unsere Auffassung.

Um dem Gutachten der Cour kritisch gegenüber treten zu können, ist es zuförderst nötig, den Gedankengang dieses Gutachtens, gleichsam das geistige Gerüst des Gutachtens nachzuzeichnen.

Es ergibt sich dann, wie die Cour zunächst feststellt, daß die Grundrechte zwar formell durch ein Gesetz eingeschränkt würden, das inhaltlich aber nichts sei als eine Delegation an den Richter, einzuschränken. (Verletzung des Geistes und der Vorschriften der Grundrechtsartikel, die fordern, daß die Einschränkung nur durch ein genau die Grenzen der Einschränkung angebendes Gesetz erfolge, Art. 74, 75, 79). Weiter sehen wir, wie die Cour daran anschließend den Gedanken entwickelt, daß in Wahrheit der Richter die Grundrechte einschränke, der aber nach der DV. nur Recht zu sprechen habe und nichts tun dürfe, was durch die DV. ausdrücklich dem Gesetz vorbehalten ist. (Verletzungen des Grundsatzes der Gewaltenteilung). Und endlich wird uns klar, wie die Cour beide Verletzungen aus der Nichtbeachtung des Grundsatzes vom garantierten Freiheitsrecht des Einzelnen ableitet.

Gleichsam als Schema und auf die kürzeste Formel gebracht ist die Beweisführung der Cour folgende:

1. Das hier in Frage kommende Prinzip der DV.: Schutz des Einzelnen.

2. Dem dienen: a) die Grundrechte, die nur durch ein Gesetz eingeschränkt werden können, das selbst die Grenzen dieser Einschränkung genau bezeichnet;

b) das Prinzip der Gewaltenteilung.

3. Die Verordnungen:

a) Sie schränken die Grundrechte ein durch ein Gesetz, das aber die Grenzen der Einschränkung nicht selbst enthält, sondern unter zwei Voraussetzungen eine Delegation an den Richter, die Grundrechte einzuschränken, enthält.

b) Dadurch ist verletzt nicht nur der Satz zu 2 a, sondern auch das Prinzip der Gewaltenteilung, indem der Richter tun soll, was nach der DV. dem Gesetz überlassen und vorbehalten ist.

4. Die Folge ist der Zusammenbruch des Prinzipes: Schutz des Einzelnen, das aufrecht zu erhalten freilich der Gesetzgeber der Verordnungen gar nicht bemüht war, weil er vom entgegengesetzten Prinzip: „Schutz der Gesamtheit" ausging.

Es ergibt sich nun für uns, daß die Beweisführung der Cour von folgenden drei Gesichtspunkten aus zu genauer Untersuchung auffordert:

1. Steht der neue § 2 StGB. tatsächlich in unüberbrückbarem Gegensatz zu dem Grundsatz der DV., daß der Einzelne gegen den Staat zu schützen ist?

2. Sind die Verordnungen zwar Gesetze, die in formeller Weise genügen, um den Gesetzesvorbehalt der Grundrechtsartikel auszufüllen; sind sie dagegen Gesetze, die materiell mit der DV. nicht vereinbar sind?

3. Kann der Richter nach eigenem Gutdünken die Grundrechte einschränken? Kann er also etwas tun, was dem Gesetz vorbehalten ist? Ist er somit nicht mehr dem Gesetz unterworfen, wie es Art. 61 DV. vorschreibt, und ist also der Grundsatz der Gewaltenteilung durchbrochen?

Man sieht, wie die Cour nicht festgestellt hat, daß die Verordnungen die DV. an verschiedenen voneinander unabhängigen Stellen verletzen, sondern daß ihr die DV. an einer wesentlichen Stelle durchbrochen erscheint. So dienen denn die verschiedenen von ihr vorgebrachten Vorwürfe nur dazu, diese eine Stelle deutlich zu machen.

Die systematische Behandlung aber macht es nötig, eine Aufteilung der Vorwürfe der Cour in verschiedene Punkte vorzunehmen, damit die Möglichkeit geschaffen ist, einen Punkt nach dem anderen vorzunehmen und auf diese Weise den ganzen Gedankengang der Cour zu betrachten.

1. Steht der neue § 2 StGB. tatsächlich in unüberbrückbarem Gegensatz zu dem Grundsatz der DV., daß der Einzelne gegen den Staat zu schützen ist?

Es ist richtig, daß die DV. den Geist verkörpert, der in dem Satz: „nulla poena sine lege" zum Ausdruck kommt, daß sie geschaffen ist, um dem Individuum den für nötig gehaltenen Freiheitsraum gegenüber dem Staate zu garantieren. Und es ist auch richtig, daß der Gedanke, der den beiden Verordnungen zugrundeliegt, der ist, die Gemeinschaft gegen den Asozialen, gegen den Verbrecher

zu schützen. Was aber nicht richtig ist, ist die Folgerung, daß ein Gesetz, welches vom letzten Geiste getragen ist, in jedem Falle unvereinbar sei mit einer Verfassung, die vom ersten Geiste getragen ist. Es gibt da vielmehr durchaus Verbindungen, Treffpunkte und trotz grundsätzlicher Einstellung ein tatsächliches Begegnen auf mittlerem Wege. Die Notwendigkeiten des Lebens machen solche Nachgiebigkeit schon zur Pflicht. So ist denn die Tatsache, daß der Gesetzgeber der DV., dieser grundsätzliche Schützer des Individuums, nicht umhin konnte, seine Schutzvorschriften im Interesse der Gemeinschaft einschränkbar zu gestalten, schon der erste Beweis für unsere These, daß ein Gesetz, vom einen Geiste getragen, durchaus nicht in unüberwindlichem Gegensatz zu einem Gesetze, das vom anderen Geiste beherrscht wird, stehen muß.

Der Schutz des Einzelnen gegen Übergriffe und Willkürakte des Staates ist der Gedanke, der den Gesetzgeber der DV. leitete.

Ist dieser Schutz nun nach dem Erlaß der beiden Verordnungen tatsächlich nicht mehr vorhanden?

Gehen wir einmal davon aus, daß der Verwirklichung dieses Schutzes eine strafrechtliche Gesetzgebung gedient hatte, nach der der Einzelne genau erkennen konnte, wo eine Handlung erlaubt und wo anderseits eine Handlung verboten war, indem er nur den Wortlaut des Strafgesetzes zu lesen hatte, um sich solche Kenntnis zu verschaffen.

Es ist nun zuzugeben, daß die Einführung der Analogie, nach der also nicht mehr allein nach diesem Wortlaut des Strafgesetzes, sondern auch nach dem Grundgedanken des Gesetzes eine Handlung mit einer Strafe bedacht werden kann, eine solche leichte Kenntnisnahme des Einzelnen von der Strafbarkeit und Straflosigkeit einer Handlung in gewisser Weise erschwert.

Es ist aber nicht zuzugeben, daß infolge dieser Neuerung der Einzelne vollkommen die Übersicht über erlaubtes und mit Strafe bedrohtes Tun verloren hätte, daß er also der Willkür der Staatsgewalt wehrlos gegenüber stünde und daß er demnach schutzlos wäre [61]).

Auch heute noch ist es dem Einzelnen durchaus möglich, zu erkennen, was zweifellos Recht ist; die Strafgesetze zeigen ihm auf der anderen Seite durch ihren Wortlaut an, was zweifellos strafbar ist. Was aber den Grundgedanken eines Strafgesetzes angeht, so mag es möglich sein, daß der Einzelne hier nicht ganz genau erkennen kann, wie weit und wann noch eine Tat vom Grundgedanken eines Gesetzes ergriffen sein mag. Hier bewegt sich der Täter bewußt auf eigene Gefahr, bewußt, denn das Zweifelhafte seines Tuns muß ihm mit größter Wahrscheinlichkeit aus dem Gesetzestext augenscheinlich werden [62]). Ist er nicht sicher, so mag er von

---

61) P. d. I. C. S. C No. 77 Gleispach S. 203.

62) Er weiß auf Grund des § 2, daß der Gesetzestext in Richtung auf den Grundgedanken hin Erweiterung erfahren kann.

seiner Tat Abstand nehmen. Dabei ist der Gesichtspunkt des gesunden Volksempfindens, das der Täter ja auch als Maßstab in sich trägt, nicht einmal in Betracht gezogen.

Ein Schutz ist dem Einzelnen, indem ihm die Möglichkeit geboten ist, Recht und Unrecht seines Tuns zu erkennen, durchaus auch heute noch gewährt, Warum aber dieser Schutz soweit gehen muß, daß haargenau die Grenze zwischen Recht und Unrecht zu erkennen ist, ist nicht einzusehen[63]), und es ist insbesondere nicht einzusehen, daß gerade dies der unnachgiebige Wille des Verfassungsgesetzgebers gewesen sein soll.

Auch war es ja früher nicht, wie man hätte denken sollen, so, daß die genaue Kenntnis des Täters von der Strafbarkeit seiner Handlung die unbedingte Voraussetzung seiner Bestrafung gewesen wäre; es galt vielmehr der Satz: ignorantia iuris nocet[64]).

So zeigt sich denn, daß der Schutz, wie ihn die demokratische Verfassung dem Individuum zu gewähren es sich zum Grundsatz gemacht hat, keineswegs in Fortfall kommt durch Gesetze, wie die beiden Danziger Verordnungen. Von einer Schutzlosigkeit, der der Einzelne anheimfiele, kann bei diesen Gesetzen keine Rede sein.

Ein Blick in der Runde überzeugt uns davon, daß dieses unser Ergebnis nicht nur uns allein eigentümlich ist:

Die dänische Gesetzgebung, ausgehend vom Schutz des Individuums, wie es in der Teilung der Gewalten in der Verfassung zum Ausdruck kommt, bestimmt in Art. 1 des StGB., daß die Anwendung der Strafgesetze durch Analogie zulässig sei[65]).

Die deutsche Lehre nimmt an, daß der Art. 116 Weimarer Verfassung und der § 2 StGB. zum Ausdruck bringen, daß die Strafbarkeit im Wortlaut des Gesetzes bestimmt gewesen sein muß, daß also durch diese Bestimmungen das Verbot der Analogie ausgesprochen sei.

Diese Lehre ist durchaus nicht unbestritten. Exner[66]) z. B. führt aus, die Strafbarkeit müsse zwar gesetzlich bestimmt sein, es stehe aber nirgends, daß sie im Wortlaut eines Gesetzes gesetzlich bestimmt sein müsse. Das Verbot der Anwendung der Gesetze nach ihrem Sinne sei daher aus den Vorschriften Art. 116 Weimarer Verfassung und § 2 StGB. nicht herauszulesen.

Wir wollen dieses Problem zunächst ununtersucht lassen, und der deutschen Lehre darin folgen, daß durch Art. 116 Weimarer Verfassung das Analogieverbot Teil der Verfassung geworden ist.

Wir können aber nach unseren Ausführungen oben nicht zugeben, daß das Analogieverbot einer demokratischen Verfassung auch innewohne, wenn es nicht ausdrücklich darin ausgesprochen

---

63) P. d. l. C. S. C No. 77 Gleispach S. 203.
64) P. d. l. C. S. C No. 77 Gleispach S. 203.
65) Gleispach a.a.O. S. 205.
66) Exner: Gerechtigkeit und Richteramt. Vgl. Peters: JW. 1933 S. 1563 und Grimm a.a.O. S. 230.

ist. In der DV. aber ist keine dem Art. 116 WV. entsprechende Vorschrift enthalten.

Es seien folgende Worte Gerlands[67]) zitiert: „Daß man auf den Grundsatz (Art. 116) als positiven Rechtssatz verzichten könnte ,weil er selbstverständlich wäre, ist eine unzutreffende Bemerkung".

Es ergibt sich also für uns, daß eine Umwandlung des § 2 StGB., von dem wir annehmen wollen, daß er das Analogieverbot enthalten habe, in dem Sinne, daß von nun an die Analogie erlaubt sein soll, nicht mit der DV., die nicht ausdrücklich das Analogieverbot enthält, im Widerspruch stehen kann.

2. Sind die Verordnungen des Senats Vorschriften, die zwar formell vielleicht genügen, um den Gesetzesvorbehalt der Grundrechtsartikel auszufüllen, die aber materiel mit der DV. nicht vereinbar sind?

Der zweite aus dem Gutachten von uns herausgearbeitete Gesichtspunkt der Cour ist der, daß die Verordnungen des Senats Vorschriften sind, die materiell mit der DV. nicht vereinbar sind.

Wir erinnern uns, daß die Cour die materielle Nichtvereinbarkeit deswegen annimmt, weil das Gesetz, das die Grundrechte einzuschränken bestimmt ist, selbst die Grenzen dieser Einschränkung bezeichnen und abstecken müsse, denn dies erfordere die Sicherheit des Einzelnen.

Die Darstellung ad 1 hat uns aber davon überzeugt, daß die Verordnungen dem Leitgedanken der DV., dem Schutz des Einzelnen, nicht widersprechen.

Daraus ergibt sich mit Notwendigkeit die Alternative: 1. Entweder kann entgegen der Auffassung der Cour der Schutzgedanke auch verwirklicht werden, wenn das die Grundrechte einschränkende Gesetz nicht selbst die Grenzen der Einschränkung erkennen läßt, oder 2. die Auffassung der Cour ist richtig; der Schutzgedanke erfordert, daß ein einschränkendes Gesetz selbst die Grenzen der Einschränkung erkennen läßt. Die Danziger Verordnungen aber genügen dieser Forderung.

Bevor wir uns dieser Alternative zuwenden, wollen wir hervorheben, wie notwendig es ist, daß der vorausgegangenen Prüfung der formellen Seite hier die Prüfung der materiellen Seite folgt.

Eine Beweisführung für die Verfassungsmäßigkeit, die sich darauf beschränkte, zu sagen: „Die Grundrechte können durch Gesetz eingeschränkt werden. Als Gesetz ist auch eine Verordnung auf Grund ausreichender Delegation anzusehen. Also besteht gegen die Danziger Verordnungen kein Bedenken", würde freilich nicht ausreichen, und es ist durchaus möglich, daß solches formell unbedenkliche Verfahren materiell unvereinbar mit der DV. wäre.

67) Die Grundrechte und Grundpflichten der RV. I. Bd. S. 386 Anm. Vgl. Grimm a.a.O. S. 229.

Was nun die oben angeführte Alternative angeht, so wollen wir der Cour darin beistimmen, daß der Schutz und die Freiheitssphäre des Einzelnen nur gewährleistet werden kann, wenn ein Gesetz, das die Grundrechte einschränkt, selbst die Grenzen dieser Einschränkung erkennen läßt.

Unvereinbar mit dieser Auffassung ist es, daß die Grundrechte nach dem freien Ermessen irgendwelcher Instanzen, die nicht das Gesetz sind, eingeschränkt werden können, sodaß dann das formell einschränkende Gesetz in Wahrheit nichts anderes ist, als eine Blankovollmacht an diese Instanzen, nach ihrem Ermessen einzuschränken. Vereinbar mit dieser Auffassung aber ist es, wenn das formell einschränkende Gesetz auf andere Gesetze verweist, indem dann diese Gesetze als Grenzen der Einschränkbarkeit zu gelten haben [68]). In diesem Falle nämlich sind die Grenzen der Einschränkung der Grundrechte durch Gesetze umrissen und also feststehend.

Die Danziger Verordnungen sind Gesetze nicht von der ersten Art, sondern von der zweiten Art. Sie sind keine Blankovollmacht an den Richter, sondern sie tun dar, daß als Grenze für die Einschränkung der Grundrechte die Strafgesetze zu dienen haben.

Dabei erklären sie freilich, daß diese Grenze nicht nur aus dem Wortlaut der Strafgesetze, sondern auch aus dem Grundgedanken der Strafgesetze aufgefunden werden könne. Das nun bedeutet nach der Auffassung der Cour, daß in Wahrheit nicht mehr das Gesetz die Erkenntnisquelle für die Grenze der Einschränkbarkeit der Grundrechte sei, sondern der Richter, denn der Begriff „Grundgedanke eines Strafgesetzes" lasse dem Richter eine Freiheit der Auffassung, die nicht mehr an das Gesetz gebunden sei.

Diese Ansicht der Cour aber kann von uns nicht geteilt werden.

Der Grundgedanke eines Strafgesetzes ist keineswegs ein außerhalb des Strafgesetzes liegender, willkürlich zu bestimmender und undeutlicher Begriff. Der Grundgedanke eines Strafgesetzes ist vielmehr dem Strafgesetz wesentlich, er ist in ihm enthalten, gehört zu ihm und zwar als Kern und tragendes Element. Es ist ganz unmöglich, daß ein Strafgesetz keinen Grundgedanken enthalten könnte. Der Grundgedanke läßt es zu, daß für ihn verschiedene mehr oder weniger deutliche Formulierungen gefunden werden [69]). Aber jede Formulierung ist nichts anderes als der Ausdruck eines einzigen und bestimmten Grundgedankens, den zu erkennen auch bei der unglücklichsten Formulierung nicht schwer sein kann.

Wir haben oben in anderem Zusammenhang gesagt, daß wir der deutschen Lehre nicht widersprechen, wenn sie sagt, daß Art. 116 WV. und § 2 StGB. alter Fassung das Verbot der Analogie enthalte. Wir halten diese Auffassung auch aufrecht, obwohl es nun scheinen muß, daß wir uns eher zu Exner bekennen. Dieser wollte die Analogie auch unter der Herrschaft des Art. 116 WV. zulassen,

---

68) Vgl. Gleispach a.a.O. S. 205.
69) Gleispach a.a.O. S. 196/197.

weil dort nur gesagt war, die Strafbarkeit einer Tat müsse vorher gesetzlich bestimmt sein, wobei aber seiner Ansicht nach der Sinn einer gesetzlichen Bestimmung nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus dem Grundgedanken eines Gesetzes entnommen werden könne.

Der Gedankengang Exners ist allerdings der unsere. Wenn wir dennoch glauben, daß Art. 116 WV. im Sinne des Analogieverbots aufgefaßt werden muß, so geschieht es nicht, weil wir den Gesetzgeber dahin verstehen, daß er im Art. 116 WV. hat sagen wollen: „Die Anwendung eines Gesetzes nach seinem Grundgedanken ist nicht mehr die Anwendung des Gesetzes, ist also logischerweise unvereinbar mit dem, was ich mit den Worten gesetzliche Bestimmung (Bestimmung durch Gesetz also) ausdrücken wollte". — Weil wir ihn aber so verstehen, daß er hat sagen wollen: „Obwohl logischerweise der Begriff gesetzlich bestimmt keineswegs so ausgelegt werden muß, als ob ein Strafgesetz nur seinem Wortlaut nach Anwendung finden könnte, so soll doch im Interesse des größtmöglichen Schutzes des Einzelnen die Auslegung der Strafgesetze auf die Auslegung ihres Wortlauts beschränkt werden, und die Worte gesetzlich bestimmt mögen hier in diesem ganz besonderen einschränkenden Sinne verstanden werden".

Nur in diesem Sinne können wir das Analogieverbot des Art. 116 WV. verstehen. Noch einmal sei hier aber darauf hingewiesen, daß die DV. keine entsprechende Vorschrift enthält. So kann denn nichts unserer Auffassung im Wege stehen, daß die Anwendung eines Strafgesetzes nach seinem Grundgedanken kein Element enthält, das außerhalb des Strafgesetzes selbst als Erkenntnisquelle läge, weil ja der Grundgedanke nichts andes ist, als ein Teil und zwar der wichtigste und wesentlichste Kernpunkt des Gesetzes. Wer auf Grund solcher Anwendung bestraft wird, wird nicht bestraft außerhalb und neben dem Gesetz, denn wenn der vielleicht unglückliche Wortlaut des Gesetzes diese Tat nicht umfaßt, so umfaßt sie doch der Grundgedanke.

Nicht würden wir freilich einer Formulierung zustimmen können, die foglendermaßen lautete: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt, oder eine ähnliche Tat.". Denn hier wird auch die Tat, die neben dem Gesetz steht, die dem Gesetz — also dem Wortlaut und Grundgedanken des Gesetzes — nur ähnlich ist, mit Strafe bedroht. Hier wäre nicht mehr das Gesetz Grundlage und Maßstab für die Erkennbarkeit der Strafe, sondern der Begriff „ähnlich", für den es keine Grenzen und bestimmten Erkennungsmerkmale gibt, sodaß also hier dem freien Ermessen des urteilenden Richters keine Schranke gesetzt ist. Dennoch gibt es einen Staat mit demokratischer Verfassung, in dem das Strafgesetzbuch auch die Bestrafung der ähnlichen Tat zuläßt[70]).

70) Dänisches StGB. v. 15. 4. 1930 Art. 1; vgl. Gleispach a.a.O. S. 190.

Was nun die Danziger Verordnungen angeht, so geht aus dem Gesagten hervor, daß sie keineswegs inhaltlich nur eine Blankovollmacht an den Richter darstellen, daß sie vielmehr auf die Strafgesetze als Basis verweisen. Hierbei besteht dann freilich gegenüber dem früheren Rechtszustand der eine Unterschied: Während früher der Wortlaut der Strafgesetze als Erkenntnisquelle herangezogen werden durfte, was durchaus keine innerliche Notwendigkeit war, vielmehr nur aus übergroßer Vorsicht im Interesse des Schutzes des Individuums so geschah, bestimmen die Verordnungen, daß von nun an das Strafgesetz seinem ganzen Wesen und Umfang nach als Erkenntnisquelle für eine Bestrafung dienen soll, das heißt, daß Wortlaut und Grundgedanken die Quelle ist, aus der der Richter zu schöpfen hat.

Freilich ist das tatsächliche Ergebnis dieser Neuerung eine gewiß freiheitlichere Stellung des Richters, und die Einschränkung der Grundrechte durch Wortlaut und Grundgedanken eines Gesetzes geht weiter als die Einschränkung durch den Wortlaut allein. All dies aber ist weit davon entfernt, einen Zustand herbeizuführen, der verfassungswidrig wäre. Eine Einschränkung der Grundrechte durch Gesetz ist nach der Verfassung möglich. Keine Vorschrift bestimmt, wie weit eine derartige Einschränkung gehen darf. Im allgemeinen ist man der Ansicht, daß die Grundrechte durch die Einschränkung nicht völlig oder nahezu völlig aufgehoben werden dürfen. Art. 71 DV. bestimmt, daß die Grundrechte Richtschnur und Schranke für die Gesetzgebung zu bilden haben [71]). Dieser Art. 71 bestand und besteht als schützender Garant natürlich auch zur Zeit des Erlasses der Danziger Verordnungen [72]).

Nichts rechtfertigt die Auffassung, daß der Gesetzgeber der Verordnungen über die Schranken, die ihm durch Art. 71 gezogen sind, hinausgegangen wäre, und daß die tatsächlichen Folgen der Verordnungen sich als völlige oder nahezu völlige Aufhebung der Grundrechte erwiesen.

Abschließend kommen wir zu folgendem Ergebnis: Die Danziger Verordnungen sind nicht Gesetze, die zwar formell die Grundrechte einschränken, dabei aber materiell dem Richter eine Blankovollmacht geben, die Grundrechte nach freiem Ermessen einzuschränken. Die Danziger Verordnungen sind vielmehr Gesetze, aus denen selbst die Grenze der Einschränkbarkeit der Grundrechte zu entnehmen ist, indem diese Grenze durch die Strafgesetze gezogen wird. Wie die Strafgesetze anzuwenden sind, wie der Richter von nun an den Strafgesetzen unterworfen ist, und wie er aus ihnen die Strafbarkeit einer Tat zu erkennen hat [73]), das zu regeln, ist der eigentliche, durchaus mit der Verfassung zu vereinbarende Sinn und Zweck der Verordnungen.

---

71) Gleispach a.a.O. S. 207.

72) Der außerhalb des Gesetzes liegende Maßstab des gesunden Volksempfindens tritt nun zu dem Gesetz hinzu und entscheidet allein nichts.

73) Vgl. Gleispach a.a.O. S. 205.

Die Auffassung der Cour, daß der Schutz des Einzelnen es erfordert, daß ein die Grundrechte einschränkendes Gesetz selbst die Grenzen dieser Einschränkung erkennen läßt, besteht zu Recht. Die Danziger Verordnungen, und hierin muß der Cour entgegengetreten werden, widersprechen dieser Auffassung nicht.

3. Ist der Richter nicht mehr dem Gesetz unterworfen, wie es Art. 61 DV. vorschreibt? Ist also der Grundsatz der Gewaltenteilung durchbrochen?

In dem Gedankengang, den die Cour den Verordnungen gegenüber verfolgt, finden wir an dritter Stelle — daß engste innerlich mit dem bisher Vorgebrachten verbunden — den Vorwurf, daß das Prinzip der Gewaltenteilung durch diese Verordnungen verletzt oder doch verwischt werde.

Nehmen wir einmal an, der Ausgangspunkt der Cour sei richtig und ein die Grundrechte einschränkendes Gesetz sei tatsächlich inhaltlich nichts als eine Delegation an den Richter, nach seinem Gutdünken ohne Bindung an das Gesetz einzuschränken, so ergibt sich daraus, daß der Richter tun kann, was nach dem Inhalt der Grundrechtsartikel nur dem Gesetz zu tun überlassen ist, daß er also Aufgaben übernimmt, die dem Gesetz nach Art. 74, 75, 79 DV. vorbehalten sind, was tatsächlich eine Verwischung der Aufgabengebiete der richterlichen und der gesetzgeberischen Gewalt wäre. Weiter wäre aber der Richter, dem überlassen ist, selbst ohne Bindung an das Gesetz die Grundrechte einzuschränken, von seiner verfassungsmäßigen Pflicht befreit, nichts anderes zu tun, als die Gesetze anzuwenden. Er wäre nicht mehr nur dem Gesetz unterworfen. Art. 61 DV. wäre verletzt.

Der Gedankengang und die Beweisführung der Cour sind in sich richtig und unangreifbar. Aber der Fehler liegt in der falschen Beurteilung des Ausgangspunktes, und damit muß denn die ganze Deduktion der Cour, angewendet auf die Danziger Verordnungen, als unzutreffend abgelehnt werden.

Wir haben nachgewiesen, daß die Strafgesetze als Grenze für die Einschränkung der Grundrechte zu gelten haben.

So müßte denn unsere Beweisführung ad 2 genügen, um hier darzutun, daß die Verordnungen die Grundrechte einschränken, wie es Art. 74, 75, 79 DV. fordern, daß nicht der Richter nach seinem Ermessen einschränkt, und dadurch tut, was dem Gesetz zu tun vorbehalten ist, daß also von einer Verwischung der Aufgaben der Gewalten nicht gesprochen werden kann. Und ebenso kann nichts anderes gefolgert werden, als daß der Richter, der durch die Verordnungen angewiesen wird, die Strafgesetze nach Wortlaut und Grundgedanken anzuwenden, den Strafgesetzen unterworfen bleibt, wie es Art. 61 DV. vorschreibt.

Aber wir wollen es nicht unterlassen, auch hier ins einzelne zu gehen.

Gesetzgebung und Rechtsprechung. Wie grenzen sich beide Funktionen gegeneinander ab? [74])

Die Anwendung der Gesetze, wenn nicht besondere Regeln entgegenstehen (Art. 116 WV. § 2 StGB. alte Fassung), kann logischerweise nicht anders geschehen, als indem das ganze Gesetz nach Grundgedanken und Wortlaut angewendet wird. Die Anwendung des Gesetzes in diesem Sinne — wieder wenn nicht besondere Regelungen es anders vorschreiben — muß also des Richters Aufgabe sein. Hierzu soll nun an dieser Stelle noch eines gesagt werden, was dazu dienen könnte, die Richtigkeit dieser unsere Auffassung zu beleuchten.

Gehen wir davon aus, daß in einer Gemeinschaft von Menschen, einem Volke unbewußt ein Gefühl für Recht und Unrecht schlummert. Die Verschiedenheit der seelischen Ausrichtung in Rassen und Völkern, gleichgültig, wodurch immer bedingt, bringt die Verschiedenheit der Rechtsgefühle und damit der rechtlichen Systeme mit sich. Aber einem bestimmten Volke in einem bestimmten Zeitpunkt seines Lebens ist ein bestimmtes Gefühl für Recht und Unrecht eigentümlich. Die Antwort auf die Frage nach dem wieso? und nach dem woher? des Gefühls mag jenseits unserer Erkenntnismöglichkeiten liegen. So bleibt uns nichts als festzustellen, daß dieses Gefühl als unbedingt und richtig für die betreffende Gemeinschaft hinzunehmen ist.

Die Überführung dieses Rechtsgefühls nun aus dem Reiche des Unbewußten, Gefühlshaften in die Sphäre des Bewußten, Erkennbaren durch das Mittel des formulierenden Wortes, das ist die Aufgabe des Gesetzgebers. Ist das Gesetz geschaffen, so hat das Rechtsgefühl auf dem betreffenden betimmten Gebiete Ausdruck gefunden, so ist ein vor der Formulierung unbewußtes und vages rechtliches Gefühl ans Licht gehoben, abgegrenzt und erkennbar. Gewiß ist zuzugeben, daß die Erkennbarkeit je nach der gefundenen Form mehr oder weniger deutlich sein mag. Aber unzweifelhaft ist, daß Verstand und Bewußtsein sich des Grundgefühls bemächtigt haben und daß nun also das Reich des Unumrissenen, Formlosen verlassen ist. Aus unbestimmtem Grundgefühl ist ein erkennbarer Grundgedanke geworden [75]). Der Grundgedanke aber ist bestimmt und präzise und er wohnt jedem Gesetze inne.

Die Verwandlung des Grundgefühls zum Grundgedanken, indem man das Gefühl sich zum Gedanken kristallisieren läßt, indem

---

74) Vgl. Thoma, Handb. d. dtsch. Staatsr. § 71.

75) Der Satz A. Aschers (Wesen und Grenzen der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit S. 41/42) kann nicht unsere Zustimmung finden: „Allgemein ist es die Aufgabe der Richter, nicht nur die positiv vorhandenen Rechtssätze festzustellen, und anzuwenden, sondern die bis dahin nur latent, gewissermaßen nur im Unterbewußtsein vorhanden gewesenen herauszuschälen und in fester Form herauszuarbeiten.

man das Gefühl in Worte faßt, das ist die Aufgabe des Gesetzgebers. Die Aufgabe des Richters kann das nicht sein, und die Begründung, daß der Richter, wenn er im Unterbewußtsein vorhandene Rechtssätze herausschöbe, kein „neues Recht schaffen will, sondern nur vorhandenes konkretisieren“ [76]) wolle, ist deswegen verfehlt, weil es gerade die eigentümliche Aufgabe des Gesetzgebers ist, latent vorhandenes Recht zu konkretisieren. Wäre das nicht so, so wäre der Gesetzgeber überflüssig.

Ist aber der gesetzgebende Akt geschaffen, hat ein Grundgefühl also Form und Ausdruck gefunden, ist es erkennbar in Bewußtsein und Verstand übergegangener und durch die Formulierung vergegenständlichter Grundgedanke geworden, so kann erst die Tätigkeit des Richters beginnen, dem aufgegeben ist, das Gesetz anzuwenden [77]).

Ob nun der Richter frei oder eng an das Gesetz gebunden ist, ob er den Grundgedanken (wenn er unglücklich ausgedrückt ist) zu ergründen ermächtigt ist, oder ob ihm die Bindung an das Wort befohlen ist, niemals kann es zweifelhaft sein, daß all das andere Aufgabe ist, denn gesetzgebende Tätigkeit und Gesetz müssen ja vorausgegangen sein [78]).

Gesetzgebende und richterliche Gewalt bleiben voneinander getrennt, bleiben das, was sie nach dem logischen und begrifflichen Sinn der beiden Worte sein müssen. So ist es nach wie vor dem Erlaß der beiden Verordnungen. Die Einschränkung, die die Grundrechte erfahren, läßt das Gesetz (das Strafgesetz) erkennen, wie es Art. 74, 75, 79 DV. fordern; dem Richter ist es überlassen, das Gesetz, dessen Wesen er unterworfen bleibt (Art. 61 DV.), anzuwenden.

Die Folge unserer Abgrenzung von richterlicher gegenüber gesetzgebender Gewalt ist es, daß der richterlichen Gewalt kein großer Spielraum gegenüber der gesetzgebenden Gewalt verbleibt.

Dennoch steht die Situation, die die Danziger Verordnungen geschaffen haben, nicht in Widerspruch mit dieser unserer Abgrenzung, und obwohl dem Richter in Danzig eine weit größere Freiheit, als er sie früher hatte, gewährt ist, bleibt sein Tun immer durchaus noch im Rahmen dessen, was uns das Wesen richterlicher Funktion zu sein schien.

Würde man sich aber einer Ansicht anschließen, die von anderer Seite vertreten wird [79]), und nach der vieles von dem, was wir zur gesetzgebenden Gewalt zählen zu müssen glaubten, noch in freiheitlicher Weise unbedenklich dem Richter als Aufgabe aufgetragen

---

76) A. Ascher a.a.O. S. 42.

77) Vgl. Prof. Klee: Dtsch. Recht v. 15. 11. 1936 S. 468.

78) Vgl. Gleispach a.a.O. S. 197 und 205.

79) A. Ascher a.a.O.; Prof. Grimm a.a.O. S. 232, 233, 234/235: „Il est erroné de croire que la seule source du droit serait la loi érite; en tous temps l'on a reconnu qu'en dehors des paragraphes il y a encore des lois non écrites, le droit naturel . . . C'était toujours la fonction la plus noble

wird, so kann gar kein Bedenken mehr bestehen, daß der Richter in Danzig, wenn er nach den neuen Verordnungen urteilt, nicht über die Grenze der richterlichen Gewalt hinausgeht.

Daß aber eine Lehre von der Gewaltenteilung, die gleichsam auf der anderen Seite der von uns vertretenen Auffassung steht und die behauptet, daß des Richters Aufgabe nur in der genauen Anwendung des Textes eines Gesetzes auf eine begangene Handlung bestehen kann, nicht nur begrifflich nicht zu rechtfertigen ist (wie sie denn auch ihren Ursprung nicht im logischen Denken, sondern in dem Bestreben hat, dem Einzelnen einen möglichst großen Schutz zu gewähren), sondern sich auch praktisch als undurchführbar erwies, sodaß der Gesetzgeber genötigt wurde, in der Fassung der Gesetze gewissermaßen ein Luftloch aufzumachen, das haben die Professoren Graf Gleispach und Grimm in ihren Darlegungen vor der Cour überzeugend dargestellt [80]). Das in neuerer Zeit bei der Fassung der Gesetze zur Anwendung kommende System, die außerordentlich weite Fassung, die die Gesetze durch den Gebrauch sog. Generalklauseln erhalten, lassen tatsächlich einen weiten Raum, der von der wissenschaftlichen Lehre, der aber zuletzt vom freien Ermessen des Richters ausgefüllt werden muß. Man denke im Zivilrecht an die Begriffe: Treu und Glauben, Verkehrssitte, gute Sitte und im Strafrecht an: mildernde Umstände, Vorbereitungshandlung und Versuch. Man denke auch an die Freiheit der Richter in der Würdigung der Beweise und in der Festsetzung der Strafe [81]).

Es ist klar, daß ein System, in dem die Gesetze solch weite Begriffe verwenden und es dem Richter überlassen, sie auszufüllen, ein System, das im übrigen mehr und mehr dazu neigte, den Richter anzuweisen, ein Gesetz nach seinem Sinn und eine Tat nach ihrem Wert einzuschätzen, weit entfernt ist von dem früheren System, in dem das Gesetz möglichst genau und exakt die Tat beschrieb und nach dem dem Richter nichts überlassen war, als eine gleichsam automatische Anwendung des Wortlauts dieses Gesetzes [82]).

Dabei erhebt sich freilich die Frage, ob die Freiheit, die dem Richter im Laufe der Entwicklung in immer größerem Maße bei der Anwendung der Gesetze gewährt wurde, tatsächlich noch we-

---

du juge que de reconnaitre et de constater le droit non écrit et d'appliquer ses principes. Le juge, en ce cas, ne créait pas une nouvelle loi; il appliquait seulement une loi existante, existante non dans un texte écrit, mais existante dans la conscience commune du peuple"; RGZ. 61, 242.

80) Gleispach a.a.O. S. 180 ff.; Grimm a.a.O. S. 233, 234.

81) Grimm a.a.O. S. 234.

82) Gleispach a.a.O. S. 181: „Toute interprétation lui était interdite; il ne devait appliquer la loi que d'une manière pour ainsi dire automatique . . . Mais, par la suite, on s'est éloigné de plus de cette conception extreme, jusqu'à parvenir à une conception presque diamétralement opposée, bien que la grande majorité des Etats civilisés maintiennent encore l'axiome Nullum crimen sine lege . . . Cette évolution se poursuit par trois voies différentes, à savoir: l'interprétation de la loi d'après son sens, l'introduction dans la loi de définitions légales largement concues et de clauses générales, et, enfin, l'octroi au juge d'une large liberté dans la détermination de la peine".

sentlich unterscheidbar von der Freiheit ist, die er hat, wenn ihm ausdrücklich aufgegeben ist, das Gesetz nach seinem Grundgedanken anzuwenden. Diese Frage ist zu bejahen. Es besteht ein essentieller Unterschied zwischen der früheren Lage und der neuen, durch die Zulassung der Analogie geschaffenen Situation.

Denn früher war es immer das Gesetz, das in seinem Wortlaut alle die vagen und weiten Begriffe enthielt[83]); im Wortlaut des Gesetzes waren Versuch, mildernde Umstände, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Treu und Glauben usw. enthalten, und wenn es auch erst der Richter war, der diese Begriffe ausfüllte, ihnen Leben gab, und damit natürlich höchst selbständig und freiheitlich in Aktion trat, so tat er doch — formal gesehen — nichts anderes als „den Wortlaut des Gesetzes anzuwenden".

So lag denn ein Gegensatz zu dem Grundsatz „nullum crimen, nulla poena sine lege" (und zwar den Satz in dem Sinne aufgefaßt, daß als lex nur der Wortlaut des Gesetzes zu gelten hat) nicht vor.

Anders verhält es sich natürlich bei einer Regelung, die es dem Richter ausdrücklich erlaubt, den Wortlaut des Gesetzes zu verlassen.

Mag praktisch die Freiheit des Richters nach der Zulassung der Analogie nicht wesentlich größer sein, als es vorher der Fall war, wesensmäßig ist dennoch ein Unterschied gegenüber früher da.

In dieser Weise, so scheint uns, läßt sich schlecht der Beweis für die Verfassungsmäßigkeit der Verordnungen erbringen, läßt sich schlecht zeigen, daß das Prinzip der Gewaltenteilung nicht verletzt ist.

Die Grundlage muß vielmehr da gesucht werden, wo wir sie gesucht haben. Der Satz „nulla poena sine lege" enthält logischerweise nicht die Beschränkung auf den Wortlaut des Gesetzes. Die zugrunde gelegte Abgrenzung von richterlicher und gesetzgebender Gewalt ist nicht überzeugend, und die Abgrenzung kann nur so erfolgen, daß die Anwendung des Gesetzes nach Grundgedanken und Wortlaut zum Aufgabenkreis des Richters gehört.

Wenn man diese uns richtig scheinende Auffassung vom Wesen der Gewalten zugrundelegt, ergibt sich als Folge, daß eine Verwischung der Gewalten durch die Danziger Verordnungen nicht erfolgt ist.

Hält man dem entgegen, daß der Leitgedanke der Verfassung, der Schutz des Einzelnen, die Beschränkung der richterlichen Gewalt auf die Anwendung des Wortlauts nötig macht, so haben wir ad 1 gezeigt, daß dieser Leitgedanke auch durch unsere Auffassung und durch die Danziger Verordnungen keinerlei Schaden, keinerlei verfassungswidrigen Schaden zum mindesten erleidet.

Die neuen Verordnungen, obwohl zum Schutze der Allgemeinheit erlassen, stehen nicht in unüberbrückbarem Gegensatz zu dem

83) Gleispach a.a.O. S. 193.

Prinzip der DV., nach dem dem Einzelnen Schutz und Freiheit gegenüber dem Staat zu gewähren ist.

Die neuen Verordnungen sind nicht nur formell genügend, um den Gesetzesvorbehalt der Grundrechtsartikel auszufüllen, sondern sie sind auch materiell mit der DV. vereinbar. Die Art. 74, 75, 79 DV. sind daher nicht verletzt.

Die neuen Verordnungen verstoßen endlich nicht gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung.

So wären wir mit unserer Würdigung des Gutachtens der Cour am Ende. Es ist uns nicht möglich anzuerkennen, daß dieses Gutachten überzeugend wäre, anzuerkennen, daß die Danziger Verordnungen tatsächlich im Widerspruch zu Geist oder einzelnen Artikeln der DV. stünden. Wir geben ohne weiteres zu, daß die Verordnungen von anderem Geiste als dem Geiste, der die Verfassung geschaffen hat, getragen sind. Aber es ist nicht richtig, daraus eine Unvereinbarkeit zu folgern. Unsere Prüfung muß gezeigt haben, daß diese Verordnungen durchaus vereinbar mit der Verfassung der Freien Stadt sind.

IV. Abweichende Ansicht der Richter Graf Rostworowski, Nagaoka und Anzilotti.

Das Gutachten der Cour wurde nicht einstimmig gegeben. Drei Richter machten vielmehr von dem Recht Gebrauch, das ihnen Art. 71 Abs. 3 der Geschäftsordnung gewährt und gaben ihre abweichende Ansicht in einem Anhang zu dem Gutachten kund. Von diesen drei abweichenden Ansichten wollen wir hier die Ausführung des Richters Anzilotti zunächst unberücksichtigt lassen. Der Inhalt der Ausführungen der Richter Graf Rostworowski und Nagaoka soll jedoch wiedergegeben werden.

1. Erklärung des Grafen Rostworowski [84]).

Der Richter Graf Rostworowski erklärt, sich dem von dem Gerichtshof erstatteten Gutachten nicht anschließen zu können, weil nach seiner Ansicht die beiden streitigen Verordnungen vom 29. 8. 1935 ihrem Inhalt nach mit der Verfassung der Freien Stadt Danzig vereinbar sind und gegen keinen ihrer Grundsätze verstoßen.

Andererseits ist er der Meinung, daß die Verordnungen von 1935, weil sie vom Senat allein erlassen sind, hinsichtlich ihrer Form in Widerspruch zu Art. 43 Abs. 1 der Verfassung stehen, der auf gesetzgeberischem Gebiet eine übereinstimmende Abstimmung von Volkstag und Senat erfordert. — Die Berufung auf die durch das Erm.Ges. von 1933 geschaffene Ausnahme erscheint ihm

84) P. d. I. C. s. A/B No. 65 S. 59. Deutsche Ausgabe 12. Bd. S. 74.

nicht gerechtfertigt, weil das Gesetz von 1933 selbst praktisch das Verfassungsleben der Freien Stadt grundlegend ändert. Da es nicht durch eine entsprechende Bestimmung der Verfassung gedeckt wird, stellt es sich als eine verfassungswidrige Abweichung dar, die nur durch die ausdrückliche Zustimmung des Völkerbundes legalisiert werden könnte. Mangels einer solchen Zustimmung kann das Gesetz von 1933 den streitigen Verordnungen von 1935 nicht zur ausreichenden Grundlage dienen; sie verbleiben daher hinsichtlich ihrer Form in Widerspruch mit der Danziger Verfassung.

Daß unsere Ansicht über die Verfassungsmäßigkeit der vereinfachten Gesetzgebung und im besonderen des Erm.Ges. von 1933 von der Auffassung des Grafen Rostworowski abweicht, geht aus dem Teil unserer Ausführungen, der dem Erm.Ges. gewidmet ist, hervor.

2. Abweichende Ansicht des Herrn Nagaoka [85]).

Die Auslegung, daß Teil II der DV., indem er das Wort „Gesetz" gebraucht, ein gemäß Art. 43 angenommenes Gesetz meine, ist nicht überzeugend. Denn es muß zugegeben werden, daß ein Gesetz, wie es in diesem Teil der Verfassung vorgesehen ist, nicht immer selbst alle Einzelheiten regeln kann. .....

Es muß weiter anerkannt werden, daß ein Strafgesetz — das tun die Strafgesetze tatsächlich oft — dem Richter die Bestimmung der Einzelheiten seiner Anwendung überlassen kann. Wenn daher festgestellt werden soll, ob die beiden Verordnungen vom 29. Aug. 1935, die mit Gesetzeskraft erlassen worden sind, mit der DV. nicht vereinbar sind, so bedarf es der Prüfung, ob die Verordnungen dem Richter eine zu weitgehende Befugnis lassen und ihm gestatten, Urteile in voller Freiheit nach seinem Ermessen selbst unter Mißachtung der Vorschriften der Verfassung zu erlassen. Es ist schwer, anzuerkennen, daß diese Prüfung zu einem bejahenden Ergebnis führen könne. Die beiden streitigen Verordnungen machen es dem Richter zur Pflicht, sich beim Erlaß von Urteilen auf ihrer Grundlage an zwei Bedingungen zu halten, die seine Entschließungsfreiheit wesentlich einschränken. Die Einzelpersonen versuchen, die Vorschriften eines Strafgesetzes zu umgehen, und die Lücken und Unvollkommenheiten, die es etwa bietet, auszunutzen. Wenn nun das Gesetz unter den von den Verordnungen vorgesehenen Bedingungen entsprechend angewendet würde, würden sie sich von vornherein über die Strafbarkeit ihres Handelns klar sein müssen.

Andererseits darf nicht übersehen werden, daß die Verfassung der Freien Stadt Danzig im Einvernewmen mit dem Hohen Kommissar des Völkerbundes abgefaßt worden ist und daß sie nur mit Genehmigung des Völkerbundes geändert werden kann. Daraus folgt, daß die Freie Stadt nicht das Recht besitzt, aus eigener Ent-

85) Deutsche Ausgabe S. 83.

schließung irgendeine Bestimmung der Verfassung aufzuheben oder abzuändern. Die in Danzig geltende Verfassung ist daher immer die Verfassung, wie sie von dem Völkerbund genehmigt worden ist. Dieser internationalen Verpflichtung kann sich der Senat der Freien Stadt nicht entziehen; und die Danziger Richter machen es sich zur Pflicht, die Vorschriften der Verfassung, die allen anderen Gesetzen vorgehen, streng zu achten.

Bis jetzt ist der Völkerbund der Ansicht gewesen, daß die in der Danziger Gesetzgebung vorgesehenen Maßnahmen die zur Sicherung der Achtung der Verfassung notwendigen Garantien geben. Wenn der Bund zu dem Schluß kommen sollte, daß diese Maßnahmen nicht ausreichen, so würde es ihm obliegen, von der Freien Stadt auf Grund des Versailler Vertrages die neuen Garantien zu fordern, die er für unentbehrlich halten sollte, zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgabe.

Mit Rücksicht hierauf bin ich der Meinung, daß die streitigen Verordnungen vom 29. August 1935 mit der Verfassung vereinbar sind oder genauer keineswegs an deren Vorschriften rühren, obgleich sie dem Richter weitere Befugnisse übertragen, als er früher besaß; andererseits glaube ich, daß sich nach Erlaß eines Urteils auf Grund der Vorschriften der Verordnungen die Frage ergeben kann, ob dieses Urteil mit der Verfassung vereinbar ist oder nicht.

gez. H. Nagaoka.

3. Abweichende Ansicht des Herrn Anzilotti [86]).

Anzilotti endlich ist der Ansicht, daß die Cour dieses vom Rat geforderte Gutachten nicht hätte geben dürfen.

Dieser Frage wird der zweite völkerrechtliche Teil unserer Arbeit gewidmet sein, und es wird dabei Gelegenheit sein, auf die Ausführungen Anzilottis zurückzukommen.

C. VÖLKERRECHTLICHE PROBLEMATIK. DURFTE DIE COUR DAS GUTACHTEN GEBEN?

Der folgende Abschnitt dieser Arbeit wird sich mit der Gutachtenerteilung der Cour befassen und zwar unter dem ganz besonderen Gesichtspunkt, ob die Abgabe des Danziger Gutachtens in den Aufgabenkreis der Cour als Guachterin gehört hat. Daran wird sich die Frage anschließen: Durfte die Cour das vom VBR. geforderte Gutachten abgeben? Es wird bei der Untersuchung dieser Frage nötig sein, einiges systematisch Theoretische über die Gutachtertätigkeit zu sagen. Systematik und Theorie soll aber nur soweit Raum gewährt werden, als es zur Beantwortung der vorliegenden Frage notwendig ist.

86) P. d. l. C. s. A/B No. 65 S. 60 ff. Deutsche Ausgabe S. 75 ff.

I. Zur Problematik des Gutachtens und Ergebnisse der Entwicklung.

1. Quelle der Gutachterfunktion.

Die Quelle der gutachtenden Tätigkeit der Cour ist im Art. 14 Völkerbundssatzung (VBS.) zu finden. Der letzte Satz dieses Artikels bestimmt, daß der zu gründende Ständige Internationale Gerichtshof ferner gutachtliche Äußerungen über jede ihm vom Rate oder Bundesversammlung vorgelegte Streitfrage oder sonstige Angelegenheit erstattet.

Die Frage, inwiefern dieser Satz, der zunächst nur in der VBS. enthalten ist, für die Cour Geltung gewinnt, wollen wir — ohne auf die darüber bestehende Meinungsverschiedenheit einzugehen — in dem Sinne beantworten, daß Art. 1 des Gerichtshofstatuts durch seine Worte: „conformément à l'art. 14 du Pacte" den Art. 14 in das für die Cour geltende System einbezieht, sodaß der ganze Inhalt des Art. 14 und also auch die Übertragung der Guachterfunktion für die Cour geltendes und verbindliches Recht wird [87]).

Diese Feststellung ist zunächst wichtig, weil sich an keiner anderen Stelle des Statutes ein Hinweis auf die gutachtliche Tätigkeit der Cour findet, sodaß also die Frage nach der Rechtsquelle dieser Tätigkeit sich nicht von selbst beantwortet [88]).

2. Anfängliche Bedenken.

a) Schwierigkeit der Praxis.

Alsbald erwies es sich, daß einer befriedigenden, dem Wesen der Gutachtenabgabe entsprechenden und in der Praxis brauchbaren Gestaltung der Guachtertätigkeit eine Fülle von Schwierigkeiten entgegenstand. Alles, was mit der Gutachterfunktion in Verbindung stand, erschien dermaßen problematisch, daß es bei der Ausarbeitung des Statuts der Cour tatsächlich nicht gelang, Rechtssätze, die diese Funktion betreffen würden, aufzustellen. Man begnügte sich damit, im Règlement einen kurzen Abschnitt der procédure consultative zu widmen.

Insbesondere in Amerika stand man der Gutachterfunktion des Gerichtshofs mit Mißtrauen und Scheu gegenüber, aus politischen Gründen übrigens, weil man befürchtete, das Gutachten böte den Mächten die Möglichkeit, sich inneramerikanischen Angelegenheiten zuzuwenden. So erklärt es sich, daß von amerikanischer Seite die

87) Vgl. Hofmann: Gutachten und Gutachtenverfahren S. 22/23; Loder, in: P. d. I. C. s. D No. 2 S. 502; Lessing: Das Gutachten des STIG. S. 7; Visscher, in: R. d. C. 1929 I. Bd. S. 20.

88) Lessing a.a.O. S. 7.

größten juristischen juristischen Bedenken gegenüber der Gutachtertätigkeit vorgebracht wurden [89]).

Der amerikanische Richter Moore war es, der diesen amerikanischen Bedenken zuerst Ausdruck verlieh [90]).

Gleich zu Anfang seines Memorandums stellt Moore fest, daß Ansehen und Nützlichkeit eines Gerichtes nur durch die Wirkung der Vollstreckbarkeit und tatsächlichen Ausführung seiner Sprüche gewährleistet seien. Ein Gerichtshof aber, der Gutachten abgeben könne, die die Beteiligten zurückzuweisen die Möglichkeit hätten, sei durch die Übertragung dieser Aufgabe auf die mindere Rolle eines Vermittlungsamtes beschränkt. Diese Sätze hätten ihre Geltung auch für die Cour, mit deren Grundgedanken, zwischen Staaten die Anwendung des Grundsatzes richterlicher Entscheidung zu fördern, es nicht vereinbar sei, wenn sie gezwungen würde, auf Fragen Gutachten abzugeben, die keinen endgültigen Charakter hätten. Ohne hier auf den ganzen Gedankengang Moores einzugehen, beschränken wir uns darauf, von seinen 10 zusammenfassenden Schlußsätzen die wiederzugeben, in denen seine Bedenken gegen die gutachtliche Tätigkeit der Cour besonders deutlich werden.

Satz 3: Die Erteilung von Gutachten ist keine Tätigkeit für einen Gerichtshof, wenn man in Betracht zieht, daß diese Gutachten weder für bereits entstandene Streitfälle, noch für theoretische Fragen, zwingender Natur sind. Satz 4: Die Ausübung dieser Tätigkeit steht in Widerspruch mit dem Hauptzweck des STIG: die Anwendung von Grundsätzen und Verfahren richterlicher Art zwischen den Staaten zu entwickeln. Satz 5: Die Abgabe von Gutachten über bereits entstandene Streitfälle oder über theoretische Punkte, die bekanntermaßen keine Rechtskraft besitzen, würde nicht nur zu einer Verdunkelung, sondern auch zu einer Veränderung des Wesens des Gerichtes führen. Satz 6: Die Abgabe solcher Gutachten hätte notwendigerweise eine Verminderung der Zahl der Gelegenheiten zur Folge, bei denen das Gericht seine richterliche Tätigkeit ausübt. Betrachtet sich nämlich das Gericht als an die von ihm gefällten Gutachten gebunden, so würde es damit verhindern, daß die Streitfälle ihm später zur Urteilsfällung unterbreitet würden; werden aber seine Gutachten als einfache Meinungsäußerungen behandelt, die in keiner Weise in Betracht zu ziehen sind, so muß das Gericht in Mißkredit kommen. Satz 7: Die Erteilung von Gutachten hätte aus den gleichen Gründen die Tendenz, das Gericht an der ihm als wesentlich zuerkannten Funktion zu verhindern, durch seine Rechtsprechung zu einer Entwicklung des internationalen Rechts beizutragen. Satz 10: Bei Beachtung der verschiedenen Seiten der Frage kann man es für besser befinden, daß keine besondere Bestimmung über die Gutachten besteht. Vielmehr kann das

89) Hofmann S. 20. Statut et règl. S. 453.

90) Moore, Aide — mémoire sur la question des avis cons. P. d. I. C. s. D No. 2 S. 383 ff.

Gericht, wenn es eine Aufforderung zu einer solchen Meinungsäußerung erhält, ihr Folge leisten, wenn es nach Lage der Umstände des besonderen Falles seine Tätigkeit für zweckmäßig erachtet[91]).

Wenn Moore sich auch darauf beschränkt, nur die Folgerung zu ziehen, daß die Cour nicht zur Abgabe von Gutachten verpflichtet sein könne, — die einzige Folgerung, die ihm zu ziehen möglich war, nachdem die Gutachtenerteilung durch die VBS. der Cour zugewiesen war — so ist doch zu erkennen, daß sein Widerstand im Grunde der Gutachtenabgabe als solcher gilt[92]). Seiner Auffassung nach ist die Gutachtenabgabe grundsätzlich nicht vereinbar mit der Mission eines Gerichtes. Die Mission eines Gerichtes ist es, durch endgültige rechtliche Entscheidung einen Streit zwischen zwei Gegnern zu beseitigen.

Das Gutachten aber ist nach Moore unverbindlich; Endgültigkeit und zwingende Natur wohnen ihm nicht inne. So ist das Wesen der Cour durch die Übertragung der Gutachtertätigkeit in sich zwiegeteilt; es ist gespalten nicht nur in zwei grundsätzlich einander widersprechende Aufgaben, sondern in zwei Aufgaben darüber hinaus, von denen die eine minderwichtige, weniger „gerichtliche" der anderen wesentlich „gerichtlichen" Hauptaufgabe in jeder Weise Abbruch tun muß. Dieser tatsächliche nachteilige Einfluß, den Moore im Laufe der Praxis von der Gutachtenerteilung auf die richterliche Funktion des Gerichtes glaubt annehmen zu müssen, bildet den Hauptpunkt seiner Bedenken. Satz 3, 4, 5, 6 und 7 bringen das klar zum Ausdruck.

Wenn sich die Befürchtungen Moores in der Folge dann freilich als kaum begründet erwiesen haben, so liegt das daran, daß das Gutachten in der Praxis Wege gefunden hat, auf denen es möglich war, den Gegensatz zum richterlichen Verfahren zu überbrücken.

Es ist nun zunächst festzustellen, daß der Gegensatz von richterlicher und gutachtlicher Funktion im Comité der das Statut ausarbeitenden Juristen von mancher Seite und nicht nur von Moore empfunden worden ist.

Da war vor allem der Gedanke, der in Moores 6. Satz zum Ausdruck gekommen ist und der sich als ernste Schwierigkeit darstellte: Entweder betrachtet sich das Gericht an die von ihm gefällten Gutachten gebunden, so verhindert es damit, daß ihm dieselbe Sache später im streitigen Verfahren zur Urteilsfällung unterbreitet wird; — oder das Gericht betrachtet sich nicht gebunden, das Gutachten ist nichts anderes als eine unverbindliche Meinungsäußerung, so muß das Ansehen des Gerichtes, das Ansehen, das seinen Äußerungen entgegengebracht werden müßte, notwendigerweise Schaden erleiden.

Die Möglichkeit dieser Alternative schon zeigt übrigens, wie sehr man über das juristische Wesen des Gutachtens im unklaren war.

91) Übersetzung wie Lessing a.a.O. S. 16, 17, 18.
92) Was er freilich einmal abgestritten hat.

Indessen führt uns dieses Bedenken nun zu der Unterscheidung zwischen dem „différend" und dem „point", den beiden Fällen, in denen ein Gutachten der Cour vorgelegt werden sollte.

Schon in der Fassung des Art. 14 VBS. schienen diese beiden Möglichkeiten einer Gutachtenabgabe getrennt voneinander aufgeführt zu sein, wenn es dort heißt, daß Gutachten erstens über jede vorgelegte Streitfrage und zweitens über jede sonstige Angelegenheit erstattet werden sollten[93]).

b) Versuch der Überwindung.

Die Beibehaltung und Hervorhebung des Unterschiedes schien aber vor allem opportun, als sich hier nun ein Weg zeigte, die Schwierigkeit, die in dem Gegensatz zwischen gutachtender und richterlicher Tätigkeit bestand, zu überbrücken. Die Überbrückung sollte in der Weise vor sich gehen, wie es uns Art. 36 des Vorprojektes[94]) zum Statut zeigt[95].) Dieser Artikel lautete: „Das Gericht äußert sich gutachtlich über jede Rechtsfrage und über jeden Konflikt interationaler Art, der ihm vom Rat oder der Versammlung unterbreitet wird.

Gibt das Gericht sein Gutachten über eine Rechtsfrage internationaler Art unabhängig von einem bereits bestehenden Streitfalle ab, so bildet es einen besonderen Ausschuß von 3—5 Mitgliedern.

Gibt es sein Gutachten über eine Frage, die den Gegenstand eines bestehenden Streitfalles bildet, ab, so beschließt es unter den gleichen Bedingungen, wie wenn ein Streitfall bei ihm anhängig gemacht worden wäre"[96]).

Hier war der Weg, der es möglich machte, daß die Rechtsfrage — zu deren Charakterisierung hier zunächst nur gesagt sei, daß ihr kein in der Wirklichkeit bestehender Streit zwischen zwei Staaten zugrundeliegt —, wenn sich später aus ihr ein wirklicher Staatenstreit entwickeln sollte, dem Gericht zur Urteilsfällung noch einmal vorgelegt werden konnte. Denn hatte jetzt ein Comité das Gutachten abgegeben, so konnte in Zukunft das Gericht entscheiden. Von einem Widerspruch in den Äußerungen des Gerichts war dann nicht mehr zu reden.

Das Gutachtenverfahren im Hinblick auf den zugrundeliegenden Streitfall aber zeigte schon damals in der Fassung des Art. 36 a. p. eine außerordentlich starke Annäherung an das richterliche

93) Lessing a.a.O. S. 26.
94) Procès-Verbaux 1920 S. 680.
95) Vgl. Hofmann a.a.O. S. 33/34.
96) Lapradelle. Procès-Verbaux du Comité de juristes S. 731, 732: „Dès l'instant qu'il s'agit d'un diff. act. né, la Cour devra statuer de la meme manière que s' il s' agissait d' un litige porté devant elle, c' est à dire en laissant monter à la demande des Parties, un juge de leur nationalité sur le siège et en permettant aux Parties de faire valoir les preuves et moyens de la meme manière que dans une affaire portée directement devant elle par les plaideurs".

Verfahren, sodaß hier der Möglichkeit eines Gegensatzes zu diesem richterlichen Verfahren gleichsam das Wasser von der Mühle genommen wurde[97]). Rechtskraft war diesem Gutachten zwar nicht zugeteilt, doch erwartete man von ihm „den gleichen glücklichen Einfluß“[98]) wie ihn die Urteile haben.

Aber trotz aller Vorzüge, die diesem Versuche, zu einem Ausgleich zwischen richterlicher und gutachtender Tätigkeit zu kommen, innewohnten, erwies sich auch dieser Weg als ungangbar. Er war deswegen ungangbar, weil es nicht gelang, eine klare Unterscheidung zwischen différend und point zu treffen. Eine Unterkommission war eingesetzt worden, um den Art. 36 des Vorprojektes zu prüfen. Ihre Arbeit endete damit, daß der Artikel beseitigt wurde. So war das Ergebnis, daß das Gutachten in allen Fällen von derselben Zahl der Richter gegeben wurde, wie es im streitigen Verfahren geschah.

Was die Unterscheidung zwischen point und différend angeht, so war der Berichterstatter des Vorprojektes, de Lapradelle der Ansicht gewesen, daß der „point“ eine rein theoretische und abstrakte Frage sei, während der „différend“ einen wirklichen bestehenden gegenwärtigen Konflikt betreffe[99]).

Seine Unterscheidung erschien indessen nicht überzeugend und der Versuch, diese Unterscheidung im Statut zu verankern, drang nicht durch. Hudson[100]) schreibt: „Il sera presque toujour inutile de déterminer si ce sont des différends ou des points qui forment le sujet des avis demandés. Dans lex deux cas, la Cour agira en tant que Cour“.

So war die Unklarheit und die Bedenken, die hinsichtlich der Gutachtenfunktion bestanden und die alle darin mündeten, daß diese Funktion im Gegensatz zur richterlichen Funktion der Cour stand, nicht hinweggeräumt. Der Versuch, im Statut eine Lösung des Problems niederzulegen, dadurch, daß Gutachten über Rechtsfragen anders behandelt werden sollten als Gutachten über Streitfälle, wobei man für beide Arten auf verschiedene Weise eine Überbrückung des Gegensatzes gefunden hätte, dieser Versuch scheiterte.

Nachdem wir die Entwicklung bis zu diesem Punkte verfolgt haben, müssen zwei Feststellungen getroffen werden.

1. Daß man beschloß, jedes Gutachten von der Cour in der Besetzung geben zu lassen, wie sie die Cour bei Streitentscheidung einnimmt, zeigt uns, wie ein Gedanke nun scharf im Auge behalten wurde: die Überbrückung des Gegensatzes zwischen richterlicher und gutachtender Tätigkeit mußte dadurch gelingen, daß man Gutachten und Gutachtenverfahren dem richterlichen Verfahren anglich,

---

97) Vgl. zu dem Gesagten Visscher a.a.O. S. 17/18.
98) Procès-Verbaux S. 731.
99) Vgl. Procès-Verbaux du Comité de juristes S. 731; siehe auch Hofmann a.a.O. S. 34.
100) Hudson: les avis cons. de la Cour R. d. C, t. 3 1925 S. 359.

sodaß auf diese Weise Unterschied und Gegensätzlichkeit hinweggeräumt würden [101]).

2. Wenn es auch nicht gelang, zu einer brauchbaren Unterscheidung des Unterschiedes zwischen point und différend im Statut zu kommen, so läßt sich doch nicht leugnen, daß beide Begriffe nicht ganz über Bord geworfen werden können, weil lt. Art. 14 VBS. durch sie dargetan ist, in welchen Fällen Gutachten von der Cour überhaupt werden können.

Das Gericht selbst hat im übrigen an der Unterscheidung festgehalten und hat im Mavrommatisfall [102]) für den Streitfall folgende Definition gegeben: Ein Streit ist eine Meinungsverschiedenheit in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht, ein Widerspruch, ein Gegensatz von Rechtsauffassungen oder von Interessen zwischen zwei Personen.

c) Juristisches Wesen des Gutachtens.

Alles, was im Vorhergegangenen dargestellt wurde, läßt nun die Frage nach den Ursachen des Gegensatzes zwischen Guachterfunktion und richterlicher Funktion, die Frage danach, ob ein Gegensatz tatsächlich besteht oder nicht besteht, läßt letzten Endes die Frage nach dem juristischen Wesen des Gutachtens immer dringlicher werden.

Daß das Wesen des Gutachtens mit der richterlichen Funktion eines Gerichtes nicht in Einklang zu bringen sei, wird von Hudson nicht zugegeben [103]). Hudson stellt zunächst fest, daß ein Überblick über die Geschichte lehrt, wie die richterliche Funktion oft die Erteilung von Gutachten umschloß. Es folgt dann bei ihm eine Prüfung von Eigentümlichkeiten der richterlichen Funktion. Eine dieser Eigentümlichkeiten sei die Öffentlichkeit des Verfahrens. Sie sei auch hier beim Gutachtenverfahren vor der Cour bewahrt. Eine andere Bedingung sei, daß Personen, deren Interessen auf dem Spiele stünden, die Möglichkeit haben müßten, im Verfahren gehört zu werden. Art. 73 Geschäftsordnung bestimme dieses Recht für das Guachtenverfahren. Weiter müsse ein Gericht in der Lage sein, alle Rechtsfragen zu vertiefen. Diesem Zweck diene das kontradiktorische Verfahren. Aber dieser Zweck könne auch auf andere Weise erreicht werden, so z. B. auf die Art, wie es im Gutachtenverfahren geschehe, in dem die Cour die Streitgegner einlädt und mündliche und schriftliche Darstellungen ihres Stundpunktes von ihnen annimmt [104]). Weiter müssen die Richter persönlichem und politischem

101) Vgl. Hofmann a.a.O. S. 14.

102) P. d. I. C. s. A No. 2 (série A/B No. 9) S. 11. Deutsche Ausgabe II. Bd. S. 17.

103 Hudson a.a.O. S. 408 ff.

104) Der Gedanke, daß das Gutachtenverfahren auf diese Weise tatsächlich kontradiktorisch wird, findet sich noch nicht bei Hudson. Auch ist sein Aufsatz vor der Hinzufügung des Art. 71 Abs. 2 Geschäftsordnung erschienen.

Einfluß entzogen sein. So sei es bei den Richtern im Gutachtenverfahren (die ja mit den Richtern der urteilenden Cour identisch sind). Ferner habe das Gericht nur Rechtsfragen und keine politischen Fragen zu entscheiden. Soweit es möglich ist, in der Praxis hier zu trennen, sei die gutachtende Cour auch diesem Grundsatz getreu. Aus all diesen Gesichtspunkten leitet Hudson dann die Folgerung ab, daß die Übertragung der Gutachterfunktion die Cour keineswegs zu einem juristischen Ratgeber des VB. herabwürdige. Der gerichtliche Charakter wird durch die Gutachterfunktion nicht berührt. Die Cour gibt ihre Gutachten ab „en tant que Cour“ [105]).

In dieser Beweisführung Hudsons, die überschrieben ist: „la nature juridique des avis consultatifs“, ist über die „Natur“ des Gutachtens wenig gesagt. Immerhin geht daraus hervor, daß die Gutachtenabgabe, die eben verfahrensmäßig die meisten Eigentümlichkeiten gerichtlichen Verfahrens aufweise, für Hudson durchaus vereinbar mit richterlich entscheidender Tätigkeit ist.

Lessing[106]) führt aus, daß das Gutachten, das einen bestehenden Streitfall „entscheidet“, dieselbe Rechtskraft besitzt, wie sie einem Urteil zukommen würde[107]); und zwar habe dieses Gutachten Rechtskraft durch seine eigene Natur[108]). Diese Rechtskraftwirkung sei vor allem negativer Natur, im Sinne des ne bis in idem[109]). In den übrigen Fällen des Gutachtens, also wenn es sich um die Lösung von Rechtsfragen handelt, erkennt Lessing keine Rechtskraftwirkung an[110]). Aber auch hier besteht für Lessing eine Bindung, indem der VBR. nicht von der im Gutachten geäußerten Rechtsauffassung der Cour abweichen kann[111]).

Lessing nimmt also für einen Teil der Gutachten echte Rechtskraft an, für einen anderen Teil der Gutachten lehnt er sie ab.

Eine Reihe von Schriftstellern steht in der Mitte und bekennt sich weder zur Rechtskraft noch zur Rechtskraftlosigkeit. Dagegen hat das Gutachten bei ihnen eine im Ergebnis mit der Rechtskraft identische Wirkung, die sich aus dem moralischen Ansehen, aus der Autorität der Cour herleitet[112]). Wenn es auch natürlich ist, daß jede Äußerung der Cour ein großes Ansehen genießt und wenn es auch richtig ist, dieses Ansehen in Rechnung zu stellen, so ist dieser

---

105) Uns fällt auf, daß alles, was Hudson als beim richterlichen und gutachtlichen Verfahren gleich aufführt, keineswegs das Wesen beider Funktionen betrifft, sondern Erscheinungsformen.

106) Lessing a.a.O. S. 84 ff.

107) Lessing a.a.O. S. 90.

108) Lessing a.a.O. S. 91.

109) Lessing a.a.O. S. 94.

110) Lessing a.a.O. S. 94.

111) Lessing a.a.O. S. 94.

112) Schücking-Wehberg: Die Satzung des Völkerbundes S. 567; Visscher a.a.O. S. 27; Fachini: The permanent Court of International Justice S. 67; Bustamante: La Cour Permanente de Just. Int. S. 256; Procés-Verbaux S. 731.

Gesichtspunkt doch ungeeignet, um bei der Herausarbeitung des juristischen Charakters des Gutachtens verwertet zu werden[113]).

Zuletzt wird die Ansicht vertreten, daß das Gutachten keine Rechtskraft besitzt[114]), und diese Auffassung ist m. E. die überzeugende.

Denn seinem juristischen Wesen nach kann das Gutachten nichts anders sein als eine unverbindliche Meinungsäußerung der Cour auf eine Frage des VBR. hin[115])[116]).

Lessing führt aus, daß es nicht zu den Wesensmerkmalen des Gutachtens gehöre, daß es unverbindlich sei, und er verweist[117]) auf das Gutachten des englischen Privy Counzil, das Rechtskraftwirkung habe.

Gewiß kann durch Gesetz das Gutachten in jeder beliebigen Weise geregelt und mit allen möglichen Wirkungen ausgestattet werden. Ob wir es dann allerdings noch mit einem „Gutachten" im Sinne des Begriffs zu tun haben, ist eine andere Frage. Begrifflich aber ist ein Gutachten eine Antwort, eine durchdachte und durchgearbeitete Antwort sachverständiger Männer auf eine vorgelegte Frage, und Rechtskraftwirkung und Verbindlichkeit können in keiner Weise damit in Verbindung gebracht werden. Was nun das Courgutachten angeht, so war eine gesetzliche Regelung, die das Gutachten wesensmäßig zu etwas anderem machte, als es diesem Sinne des Begriffes entsprach, nicht getroffen. So war das Gutachten der Cour nichts anderes als eine Antwort auf die Frage des Rates. Hieraus ergibt sich, daß weder Cour noch Interessenten rechtlich an das Gutachten gebunden sind[118]). Die beteiligten Staaten sind nicht „Parteien" im prozeßrechtlichen Sinne des Wortes[119]) und treten auch nicht in diesem Sinne vor der Cour auf, sondern nur als „informateurs". Das Verfahren spielt sich vielmehr ab zwischen dem fragenden Rat und der gutachtenden Cour[120]). Aus dem Mangel der Rechtskraft ergibt sich denn auch, daß keine Exekution auf Grund des Spruches erfolgen kann[121]), und daß niemand die Parteien hindern kann, die begutachtete Sache noch einmal vor die Cour zu bringen.

Allem dem steht nicht im Wege, daß die Parteien vereinbaren können, daß das Gutachten zwischen ihnen Rechtskraftwirkung haben soll[122]). Das aber ist rechtlich eine andere Sache, und

---

113) Vgl. Lessing a.a.O. S. 92.
114) Vgl. v. Freytagh-Loringhoven; Die Satzung des Völkerbundes S. 157; Hofmann a.a.O. S. 169 ff.; Visscher a.a.O. S. 25 f.
115) Visscher a.a.O. S. 25; Hofmann a.a.O. S. 175.
116) Ricci-Busatti; Procès-Verbaux S. 226: „En principe avis reste avis et décision reste décision."
117) Lessing a.a.O. S. 88.
118) Visscher a.a.O. S. 25.
119) Vischer a.a.O. S. 26.
120) Visscher a.a.O. S. 26.
121) Hofmann a.a.O. S. 172.
122) Hofmann a.a.O. S. 172.

die Rechtskraftwirkung ist hier nicht dem Gutachten selbst eigentümlich [123]).

Wir sehen also, daß sich der rechtliche Charakter des Gutachtens in der Tat aufs äußerste vom Charakter der gerichtlichen Entscheidung unterscheidet [124]).

Die vorausgegangene Untersuchung galt dem Wesen des Gutachtens. Das Ergebnis dieser Untersuchung ist folgendes:

Der Begriff „Gutachten" bedeutet, daß von sachverständiger Seite eine unverbindliche Darstellung der eigenen Auffassung über eine bestimmte Sache gegeben wird. Mit diesem Begriffe stimmt überein die Gutachteninstitution, wie man sie für die Cour gedacht hatte. Die gesetzliche Ausgestaltung, die man für die Gutachtenfunktion getroffen hatte (Art. 14 VBS., Art. 1 Statut), läßt keine andere Auffassung vom Wesen des Courgutachtens zu.

Die Wege, die die Gutachtertätigkeit der Cour freilich in der Praxis ging, führen nach dermaßen anderen Richtungen, Gutachten von einer mit dem gezeichneten Wesen so wenig übereinstimmenden Struktur wurden abgegeben, daß heute tatsächlich eine tiefe Kluft zwischen dem tatsächlichen Charakter und dem ursprünglich gedachten, begrifflichen und gesetzlichen Charakter des Gutachtens besteht. Das positive Ergebnis dieser Entwicklung ist es, daß die Kluft zwischen Gutachterverfahren und gerichtlichem Verfahren sich zu schließen beginnt. Soll auch die neu entstandene Kluft geschlossen werden, so wäre das möglich dadurch, daß die Gesetzgebung dem tatsächlichen Zustand folgt und ihn sanktioniert, wie es ja auch in wichtiger Weise bereits geschieht und wie es weiter endgültig vorgesehen ist. Dann aber muß die Frage entstehen, ob das neue Gebilde den Namen „Gutachten" verdient [125]), und es ist nicht unbedenklich, wenn ein Institut sich heranbildet, das vom streitigen Verfahren alle Züge annimmt, dazu aber vom Gutachten die Nichtexekutierbarkeit beibehält [126]).

3. Die Erfolge der Praxis.

Der Weg aber, den die Gutachtertätigkeit der Cour in der Praxis ging, ist der Weg der Angleichung an das gerichtlich entscheidende Verfahren.

Hier muß nun zunächst festgestellt werden, daß nie ein Zweifel daran bestand, daß die Cour, auch wenn sie Gutachten abgibt, nicht ihren Charakter als Gerichtshof verleugnen kann, in der Weise etwa, daß sie die vorgelegte Frage nach Opportunitätsgründen, nach praktischen Gesichtspunkten entscheiden könnte, oder daß sie sich überhaupt auf die Beantwortung nicht rechtlicher Fragen einlassen

123) a. M. Lessing a.a.O. S. 91.
124) So vor allem die amerikanischen Schriftsteller vgl. Hudson S. 407.
125) Vgl. Hofmann a.a.O. S. 175.
126) Vgl. Hofmann a.a.O. S. 14 und 175.

könnte. Die dem Gutachten zugrundeliegenden Gesichtspunkte konnten vielmehr nur rechtliche Gesichtspunkte sein; das Gericht hatte sein Recht, das in Art. 38 Statut niedergelegt war, anzuwenden.

Diese Auffassung von der Art, in der die Abgabe eines Gutachtens für die Cour nur möglich war, ist zwar nicht ein Essentiale des Begriffs „Gutachten", aber sie steht in keiner Weise mit dem Wesen des Gutachtens in Widerspruch, das wir oben als unverbindliche Meinungsäußerung gekennzeichnet haben. Ein Arzt kann Gutachten nur über medizinische Fragen abgeben, und er kann keine anderen als medizinische Gesichtspunkte dem Gutachten zugrundelegen. Ein Gericht kann Gutachten nur über rechtliche Fragen ablegen und keine anderen als rechtliche Gesichtspunkte dabei zugrundelegen.

Diesem Grundsatz, daß das Gericht, auch wenn es Gutachten abgibt, nur als Gericht tätig werden kann, hat die Cour in folgender Weise Ausdruck verliehen [127]): „La Cour, étant une Cour de justice, ne peut pas se départir des règles essentielles qui dirigent son activité de tribunal, meme lorsqu'elle donne des avis consultatifs".

So ist es denn auch zu verstehen, daß das in der Geschäftsordnung niedergelegte Verfahren größte Ähnlichkeit mit dem richterlichen Verfahren hat und daß Versuche, hier Unterschiede zu begründen (das Gutachten z. B. geheim zu geben), nicht durchdrangen. Der Charakter der Cour als corps judiciaire, als unabhängiges Gericht schien sofort gefährdet, wenn diese Grundsätze nicht genau durchgeführt würden. All das aber war sehr dazu angetan, die Cour auf die Bahn zu führen, auf der wir sie dann weiter gehen sehen, auf die Bahn der immer näheren Angleichung des Gutachtens an das gerichtliche Verfahren.

Wollen wir diesen Weg der Angleichung verfolgen, so muß an einigen Etappen dieses Weges Halt gemacht werden.

a) Fälle, die die Entwicklung deutlich machen und von richtunggebendem Einfluß auf sie waren.

Nachdem die drei ersten, von der Cour abgegebenen Gutachten Dinge betroffen hatten, zu denen an dieser Stelle nicht viel zu sagen ist, erregt das vierte Gutachten unser größtes Interesse [128]). Die der Cour vorgelegte Frage lautete: „Ist der Streit zwischen Frankreich und Großbritannien aus Anlaß der in Tunis und Marokko (französische Zone) am 8. November 1921 verkündeten Staatsangehörigkeitsverordnungen nach internationalem Recht lediglich eine innerstaatliche Angelegenheit oder nicht?" [129]).

---

127) P. d. I. C. s. B No. 5 S. 29.

128) Vorgeschichte und Geschichte des Falles sind zu oft dargestellt worden (vgl. Hofmann S. 105; Visscher S. 38), als daß sie hier noch einmal dargestellt werden müßten.

129) P. d. I. C. s. B No. 4.

Lesen wir den Überweisungsbeschluß, durch den der VBR. diese Frage vor die Cour gebracht hat, so fällt uns auf, daß er ein von den sonst üblichen Überweisungsbeschlüssen vollkommen verschiedenes Gesicht hat. Die entscheidenden Sätze lauten:

a) Der Rat beschließt, dem STIG zwecks Erlangung eines Gutachtens die Frage zu unterbreiten, ob der erwähnte Streitfall nach internationalem Recht ausschließlich eine innerstaatliche Angelegenheit (Art. 15, Abs. 8 VBS.) ist oder nicht.

b) Er ersucht die beiden Regierungen, diese Frage vor den STIG zu bringen und sich mit ihm hinsichtlich des Zeitpunktes für deren Prüfung und des einzuschlagenden Verfahrens zu verständigen.

c) Der Rat nimmt ferner zur Kenntnis, daß die beiden Regierungen, für den Fall, daß das Gutachten des Gerichtshofs dahin lauten sollte, es handle sich nicht ausschließlich um eine innerstaatliche Angelegenheit, dahin einig sind, die ganze Angelegenheit entweder einem Schiedsverfahren oder einem gerichtlichen Verfahren, unter den zwischen den Regierungen noch zu vereinbarenden Bedingungen zu unterwerfen.

Liegen hier die Dinge wie sie normaler Weise liegen? Der Rat bittet die Cour um ein Gutachten. Das ist der Regel gemäß. England und Frankreich konnten das Gutachten nicht unmittelbar von der Cour erbitten. Die Cour selbst sagt[130]): „Es liegt zweifellos auf der Hand, daß durch diese Rechtstitel und Argumente weder der Umfang des an den Gerichtshof durch den Rat gerichteten Ersuchens, noch die Zuständigkeit, die der Rat durch seine Entschließung dem Gerichtshof übertragen hat, erweitert werden können".

Alles dies ist durchaus der Norm und dem Charakter des Gutachtens entsprechend. Der Rat hat gefragt, an seine Wünsche ist die Cour gebunden. Zuständigkeitserweiterung z. B. auf Veranlassung der Streitpartner ist nicht möglich, denn sie sind keine „Parteien".

Aber trotz alledem ist es klar, daß hier ganz außerordentliche Unterschiede gegenüber dem grundsätzlichen Verfahren vorliegen.

Die beiden Streitpartner werden vom Rat ersucht, die Frage vor den STIG zu bringen, nachdem sie vorher einig geworden waren, sich ein Gutachten geben zu lassen. Die beiden Streitpartner verständigen sich selbst mit der Cour hinsichtlich des Zeitpunktes und des Verfahrens. Die beiden Streitpartner treten vor der Cour selbständig als Gegner auf. Eine kontadiktorische Verhandlung findet statt; Schriftsätze gehen direkt zwischen den Streitgegnern hin und her. Das abgegebene Gutachten geht nicht in die Hand des VBR. zurück, der im Rahmen des Vermittlungsverfahrens damit arbeitete, vielmehr dient es einzig und allein unmittelbar den Streit-

130) P. d. l. C. s. B No. 4 S. 26. Deutsche Ausgabe I. Bd. S. 67.

partnern, die ihm — um die Gegensätzlichkeit gegenüber dem üblichen Verfahren vollkommen zu machen — bindende Kraft beigelegt hatten.

Es hieße blind sein, wollte man nicht zugeben, daß dieses Gutachten, wenn es auch rechtlich mit einiger Mühe unter unseren Gutachtenbegriff zu subsumieren ist, tatsächlich die allergrößten Unterschiede aufweist. Die Wichtigkeit dieses Gutachtens liegt für uns zunächst nicht so sehr in der bindenden Kraft, die es gewann, denn die bindende Kraft verdankt es dem Willen der Streitgegner, aber die Wichtigkeit liegt darin, daß die „simples informateurs" hier eine Stellung einehmen, die von der Stellung von Parteien im streitigen Verfahren kaum noch zu unterscheiden ist.

Wir haben nicht vergessen, daß wir oben feststellten oder vielmehr das Gericht feststellen ließen, daß die Streitgegner rechtlich nicht Parteien sind, aber es läßt sich nicht verkennen, daß ihnen soviele Merkmale von Parteien zu eigen sind, daß der Unterschied nur noch rechtlich, aber kaum noch praktisch von Bedeutung ist.

Die zweite Etappe, an der wir Halt machen müssen, ist das Gutachten über die Autonomie Ost-Kareliens[131]). Auch hier verweisen wir, was Vorgeschichte und Geschichte angeht, auf die Darstellung in der Literatur[132]). Dies ist der erste Fall, in dem die Cour der Bitte um ein Gutachten nicht entsprochen hat, und zwar aus Gründen, die erkennen lassen, daß ihr zwischen der Abgabe dieses Gutachtens und einer förmlichen Streitentscheidung kaum ein Unterschied zu bestehen schien. Die Cour argumentiert dabei folgendermaßen: „Der Gerichtshof[133]) verkennt nicht, daß seine Aufgabe im vorliegenden Falle nicht die Lösung eines Streitfalls, sondern die Erstattung eines Rechtsgutachtens ist. Indessen kann dieser Umstand die obigen Ausführungen nicht wesentlich beeinflussen. Die dem Gerichtshof vorgelegte Frage ist nicht abstrakten Rechts, sondern betrifft unmittelbar den wesentlichen Streitpunkt zwischen Finnland und Rußland, und sie kann nur nach einer Untersuchung über die tatsächlichen Verhältnisse, die dem Streit zugrundeliegen, beantwortet werden. Die Beantwortung der Frage würde also im Ergebnis einer Entscheidung des Streites unter den Parteien gleichkommen."

Der Gedankengang der Cour war dabei folgender: Werden wir um ein Gutachten gebeten, das in Wahrheit eine Streitentscheidung darstellt, so geht es nicht an, andere als allein die Gesichtspunkte gelten zu lassen, die uns beim richterlichen Verfahren leiten. Dann ist aber zu berücksichtigen, daß Rußland erklärt hat, am Verfahren vor dem STIG nicht teilnehmen zu können. „Die russische Regierung verweigert entschieden jede Mitwirkung bei der Prüfung dieser Frage durch den VB. oder den STIG"[134]). Ein

131) P. d. l. C. s. B No. 5.
132) Deutsche Ausgabe Bd. I S. 92/93.
133) Hofmann a.a.O. S. 111 ff.; Visscher a.a.O. S. 30 ff.
134) Telegramm Tschitscherins v. 11. 6. 1923. Deutsche Ausgabe S. 82.

Grundsatz des internationalen Rechts geht dahin, daß kein Staat verpflichtet ist, seine Streitigkeiten mit anderen Staaten irgendeiner Art der friedlichen Lösung ohne seine Zustimmung zu unterwerfen [135]). Da Rußland seine Zustimmung zu einer Lösung des Streites mit Finnland nicht gegeben hat, ist die Cour nicht in der Lage, ein Gutachten abzugeben.

Unsere Aufgabe ist es hier nicht, über die Richtigkeit des Standpunktes der Cour zu entscheiden; uns bleibt es vielmehr nur, die Feststellung zu treffen, daß dieser Weg von der Cour beschritten worden ist. Das allein ist für uns wichtig. Das Ergebnis dieser Feststellung aber ist, daß der Cour hier zwischen einer Gutachtenabgabe und einer Entscheidung des Streites zwischen den Parteien praktisch kein Unterschied zu bestehen schien; daß sie deshalb glaubte, alle Prinzipien, die sie bei einer Streitentscheidung zu leiten haben, auch hier zugrunde legen zu müssen, und daß sie in diesem Sinne handelte. Aus Gründen, die eine Streitentscheidung hier unmöglich machten, wurde ein Gutachten nicht gegeben. Die Annäherung des Gutachtens an das streitige Verfahren war um einen gehörigen Schritt weiter gekommen. Die Streitgegner, gedacht als „simples informateurs", wurden wieder behandelt wie Parteien im streitigen Verfahren [136]) [137]).

Auch das Gutachten, betreffend die Zuständigkeit der europäischen Donaukommission zwischen Galatz und Braila [138]), ist für uns wichtig, weil hier wiederum der Rat nur der Vermittler der Gutachtenbitte an die Cour war, während tatsächlich die beteiligten Regierungen England, Frankreich und Italien um das Gutachten ersuchten. Auch hier also im Grunde wieder Parteien, die tatsächlich von sich aus handelten.

Die Folgen der Entwicklung und insbesondere der zunehmenden Parteiähnlichkeit der Streitgegner stellten sich alsbald ein [139]). Denn im Streit um den Austausch der griechischen und türkischen Bevölkerung [140]) und im Mossulfall [141]) begehrten die Parteien einen juge ad hoc, und es wurde als ungerecht empfunden, als diesem Begehren nicht entsprochen wurde, zumal wenn die Dinge so lagen, daß eine Partei einen Richter ihrer Staatsangehörigkeit auf der Richterbank hatte, die andere Partei aber nicht (im Mossulfall). Rechtlich lag der Entscheidung der Cour, die den juge ad hoc verweigerte, die Auffassung vom Wesen des Gutachtens zugrunde, die wir gezeichnet haben. Denn da es beim Gutachten keine Parteien gibt,

135) Vgl. Deutsche Ausgabe S. 91.
136) Dadurch, daß man die Gutachtenerteilung von ihrer Zustimmung abhängig sein ließ.
137) Im Falle B, 12 hat die Cour die Weigerung der Türkei, sich in den Streit einzulassen, freilich nicht berücksichtigt; aber hier schien ihr die vorgelegte Frage nicht mit Streitentscheidung identisch zu sein.
138) P. d. I. C. s. No. 14. Deutsche Ausgabe V. Bd. S. 271 ff.
139) Visscher a.a.O. S. 36.
140) avis B 10.
141) avis B 12.

so kann ein juge ad hoc eigentlich mit dem „Gutachten" gar nicht in Verbindung gebracht werden.

Aber das Gutachten hatte sich tatsächlich soweit von dieser Rechtsnatur entfernt, daß es der Cour nun nicht mehr möglich war, das Rad zurückzudrehen, und das Gutachten mit der Rechtsnatur wieder in Übereinstimmung zu bringen. So mußte die Rechtsnatur mit dem tatsächlichen Stand des Gutachtens in Übereinstimmung gebracht werden (auf Kosten der Übereinstimmung der Rechtsnatur mit dem Begriff „Gutachten").

b) Die Folgerungen, die die Cour zog.

Der erste und überaus wichtige Schritt in diesem Sinne wurde am 7. September 1927 getan, als die Cour beschloß, dem Art. 71 Geschäftsordnung folgenden Absatz beizufügen: „Lorsque l'avis est demandé sur une question relative à un différend actuellement né entre deux ou plusieurs Etats ou Membres de la Société des Nations, l'article 31 du Statut est applicable. En cas de contestation, la Cour décide" [142]) [143]). Der Art. 31 des Statutes aber handelt von der Zulassung des nationalen Richters.

Dies war „la conséquence logique de l'assimilation de la procédure consultative à la procédure contentieuse [144]).

Die Cour hatte sich lange gegen die Einführung einer derartigen Vorschrift gewehrt. Wenn sie nun doch Art. 71 Abs. 2 ins Règlement einfügte, so kann das nur so verstanden werden, daß sie endlich einer Übereinstimmung des tatsächlichen Zustandes mit der Gesetzgebung [145]) (auf Kosten einer Übereinstimmung dieser beiden Umstände mit dem ursprünglichen Begriff „Gutachten") den Vorzug gab vor einer Übereinstimmung des Begriffs „Gutachten" mit der gesetzlichen Regelung (auf Kosten einer Übereinstimmung dieser beiden Umstände mit der tatsächlichen Sachlage). So ist Art. 71 Abs. 2 der erste Schritt zur nachträglichen Legalisierung der Tatsache, daß die informateurs im Begriffe stehen, Parteien zu werden. Daß die Streitgegner nun noch nichts als „simples informateurs" seien, wäre nicht leicht mehr zu begründen, wenn man ihre Stellung jetzt nicht einmal nur nach den Tatsachen, sondern auch nach der Gesetzgebung feststellen will. Der Umstand, daß die Streitgegner der Vermittlung des Rates bedürfen, um einen Fall vor die Cour zur Begutachtung zu bringen, konnte vor der Einführung des Art. 71 Abs. 2 zum Beweise dafür herangezogen werden, daß die Streitgegner nicht Parteien sind. Sogar dieser Umstand könnte aber heute im Sinne ihrer zunehmenden Parteifähigkeit bewertet werden, wenn man das Schwergewicht darauf legt, daß das Recht, den Fall vor die Cour zu bringen, faktisch den Parteien zusteht, während der Rat nur ein Beauftragter und Vermittler ist.

142) Vgl. P. d. I. C. S. D No. 2 add. S. 267 und 185 ff.
143) Vgl. Visscher a.a.O. S. 56 f.
144) P. d. I. C. s. D No. 2 add. S. 267.
145) Wir verkennen dabei nicht, daß es sich nur um eine Einfügung ins

Die Einführung des Art. 71 Abs. 2 zog aber naturgemäß eine Reihe von Folgen mit sich. Die Vorschrift war von dem Sinne getragen, daß die Streitgegner in der Verhandlung gleiche Rechte haben müßten. So war denn in Art. 71 Abs. 2 incidenter die Pflicht für die Cour gesetzlich niedergelegt, die Parteien vor der Cour auch im Gutachtenverfahren gleich zu behandeln. Die Cour hatte sich auch für das Gutachterverfahren ausdrücklich zum Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens bekannt.

So konnte denn der Satz geschrieben werden, der sich in einem von der Cour in Jahre 1927 angenommenen Rapport befindet: „en réalité, lorsque, en fait, il se trouve des Parties en Présence, il n'y a qu'une différence purement nominale entre les affaires contentieuses et les affaires consultatives".

c) Wird das kontradiktorische Verfahren ausdrücklich nur für das Gutachten, betreffend den différend, eingeführt?

Nun dürfen wir freilich an einem Umstand nicht vorübergehen. Art. 71 Abs. 2 gibt die Möglichkeit, nationale Richter auf die Richterbank zu ziehen nur im Falle des „différend actuellement né entre deux ou plusieurs Etats ou Membres de la SdN".

In welchem Sinne muß diese Einschränkung verstanden werden? Diese Einschränkung ist zunächst nichts anderes als eine Folgerung, die sich mit Notwendigkeit aus der Auffassung der Cour vom Unterschiede zwischen différend und point ergibt. Im Mavrommatisfall hat die Cour den différend als eine „contradiction entre deux personnes" definiert [146]). Das argumentum e contrario hieraus ergibt nicht ohne weiteres, daß dem point kein Streitfall, keine „contestation" in der Wirklichkeit entsprechen dürfte, sondern es ergibt, daß ihm keine „contestation entre deux personnes" zugrundeliegen darf. Diese Nuance, die zunächst sinnlos erscheint (weil eine contestation nur in Verbindung mit zwei Vertretern verschiedener Ansicht denkbar ist), wird sogleich wichtig, wenn man folgendes bedenkt. Soll die gegebene Definition ganz allgemein eine Deutung des Begriffes „Streit" sein, so sind unter „personnes" zwei Gegner, zwei Menschen wörtlich zu verstehen. Wendet die Cour aber die Definition auf den sie interessierenden völkerrechtlichen Streit an, so kann das Wort „personnes" nicht mehr „Men-

---

Règl. und nicht in das Statut handelte. Aber auch die ausdrückliche Aufnahme ins Règl. muß in dem von uns verstandenen Sinne aufgefaßt werden.

146) Wenn die Cour im Art. 71 von „différend entre deux ou plusieurs Etats" spricht, so ist das im Grunde genommen überflüssig, da nach ihrer Definition der Begriff „différend" in sich das „deux ou plusieurs Etats" enthält.

147) A. A.: Visscher, für den das Wesen des point darin besteht, daß es dort keine contestation gibt, daß also in der Wirklichkeit niemals Vertreter verschiedener Auffassung einander gegenüber stehen. Visscher S. 23.

schen" bedeuten. „Personnes" muß jetzt im Sinne der völkerrechtlichen Terminologie verstanden werden und bedeutet dann „völkerrechtliche Personen", in erster Linie also „Staaten". Nach der Auffassung der Cour ist also der point zwar keineswegs völlig abstrakt, es kann sehr wohl auch hier eine Meinungsverschiedenheit zugrundeliegen [147]), aber eine Meinungsverschiedenheit zwischen Organisationen nationaler und internationaler Art etwa, zwischen Organisationen und den Organen des VB., ja zwischen einer Regierung und dem VB.[148]), niemals aber eine contestation, eine „contradiction" zwischen zwei Staaten.

Da nur Staaten Richter ihrer Staatsangehörigkeit ernennen können, ist es klar, daß dieses Recht nur beim Staatenstreit, dem différend also, gegeben werden konnte. Für den point, in dem keine Staaten sich gegenüberstehen, ist es notwendigerweise logisch undenkbar [149]).

Die Frage, die sich aber weiter aufdrängt, ist folgende: Hat der Umstand, daß nationale Richter nur im Falle des différend herangezogen werden können, zur Folge, daß alle Konsequenzen dieses Rechts auch nur im Falle des différend gelten? Mit anderen Worten: Bekennt sich die Cour nur im Falle des Gutachtens über den différend zum kontradiktorischen Verfahren, nicht aber im Falle des Gutachtens über den point?

Wir glauben, daß Art. 71 Abs. 2 nicht in diesem einschränkenden Sinne verstanden werden darf. Das Recht, nationale Richter zu ernennen, konnte aus logischen Gründen nur im Falle des différend gegeben werden. Was das kontradiktorische Prinzip aber angeht, so glauben wir nicht, daß es möglich ist, anders als es im folgenden geschieht, die Anschauung der Cour wiederzugeben: Die Cour ist vor allem ein gerichtliches Institut. Die Aufgabe, Gutachten abzugeben, ist ihr — wie die Entwicklung gelehrt hat — nur in der Weise zu erfüllen möglich, daß sie das Gutachtenverfahren aufs äußerste dem gerichtlichen Verfahren angleicht. Diese Angleichung bringt es mit sich, daß die im Gutachtenverfahren interessierten Streitgegner eine dem gerichtlichen Verfahren entsprechende Parteistellung einnehmen, daß sie gleich zu behandeln sind. Das kontradiktorische Prinzip muß somit auch bei der Gutachtenabgabe, wenn es nur irgend möglich und gerechtfertigt ist, zur Anwendung kommen [150]). Dieser Gedankengang gilt ganz grundsätzlich, und es ist nicht einzusehen, warum die Cour beim point ihm nicht Folge leisten sollte.

Grundsätzlich bekennt sich die Cour also zum kontradiktorischen Verfahren beim Gutachten, sei es, daß ein différend, sei es, daß ein point den Kern der Frage bildet. Art. 71 Abs. 2 kann nicht

148) Lessing a.a.O. S. 30.
149) Visscher a.a.O. S. 57.
150) Visscher a.a.O. S. 56.

als ausdrückliche Beschränkung allein für den Fall des différend verstanden werden.

Und dennoch sind Fälle denkbar, in denen sich die Lage beim point anders darstellt als beim différend.

Zunächst ist festzustellen, daß das Gutachten über einen point durchaus dem Wesen näher steht, oder doch näher stehen könnte, welches dem Gutachten ursprünglich zugedacht war. Der VBR. könnte eine Frage, die in der Tat theoretisch abstrakten Charakters wäre und der keine tatsächliche Meinungsverschiedenheit zugrunde läge, vor die Cour bringen. Es mögen sich Organisationen finden, die diese und jene Stellung zu der betreffenden Frage einnehmen. Die Cour könnte sich dort Auskunft holen. Sie könnte auch (wenn die Voraussetzungen erfüllt sind) mündlich vernehmen. Im Grunde hätte sie aber nichts anderes zu tun, als eine Antwort auf eine abstrakte Frage des Rates zu geben. Hier läge tatsächlich ein Bedürfnis nach kontradiktorischem Verfahren n i c h t vor, und die Cour würde ihrem Prinzip, immer dann kontradiktorisch zu verhandeln, wenn es irgend möglich und gerechtfertigt ist, nicht untreu sein.

Nun wird aber eine vollkommen abstrakte Rechtsfrage kaum jemals der Cour zur Begutachtung vorgelegt werden. Es wird vielmehr so sein, daß auch die Rechtsfrage irgendwo auf der Erde verankert ist, daß eine „contestation" vorliegt, und daß Träger dieser contestation da sind, die an der Entscheidung der Frage interessiert sind. Der Umstand, daß diese Träger der contestation keine Staaten sind, sondern irgendwelche Organisationen (vielleicht auch ein Staat gegen eine Organisation), wirkt allerdings dahin, daß diese Träger in der Regel im Hintergrunde bleiben, daß sie keineswegs so stark hervortreten, wie die beteiligten Staaten beim différend, sodaß sie — mit ihnen verglichen — im Grunde „simples informateurs" bleiben. Dieser Umstand mag auch bewirken, daß die Rechtsfrage bald aus dem Bereich der eigentlichen Streitgegner sich löst, daß sie abstrahiert wird, um dann als Frage von grundsätzlicher Bedeutung der Cour vom VBR. vorgelegt zu werden. Das Bild ist im ganzen auch hier gewiß ein anderes als beim différend.

Aber trotz allem darf nicht verkannt werden, daß hier Streitgegner einander gegenüberstehen, zwischen denen das der Cour vorgelegte Problem akut geworden ist, Streitgegner, die durchaus an der Lösung der Frage in ihrem Sinne ein Interesse haben. Und dies sind denn die Fälle des point, in denen es — trotz des zugegebenen Unterschiedes gegenüber dem différend — für die Cour nicht angeht, anders als kontradiktorisch zu verfahren. Denn hier ist die Anwendung des kontradiktorischen Verfahrens möglich und gerechtfertigt, und wenn dies der Fall ist, kann die Cour, die eine gerichtliche Institution ist, von diesem obersten Grundsatz der Tätigkeit gerichtlicher Institutionen nicht absehen.

Ein Blick auf die Praxis der Guachtenabgabe, betreffend einen point, ergibt denn auch, daß in der Regel dem Prinzip der kontradiktorischen Verhandlung nicht zuwider gehandelt worden ist.

Im Gutachten B 2[151]) war der Wunsch, die betreffende Rechtsfrage von der Cour klären zu lassen, von Frankreich vorgebracht worden[152]). In der mündlichen Verhandlung wurden mündliche Ausführungen von Seiten der Vertreter beider Rechtsauffassungen gehört, d. h. von Seiten Frankreichs und von Seiten des Internationalen Arbeitsamtes (IAA.)[153]). Freilich wurde außerdem noch eine Reihe von mündlichen Ausführungen gehört, aber das ergibt sich aus dem Umstand, daß eben das Gutachten über einen point abstrakten Charakters war, daß es weitgehend vom ursprünglichen Streit der eigentlichen Träger der verschiedenen Rechtsauffassungen abstrahiert war.

Auch beim Gutachten B 3[154]) standen sich die Vertreter der französischen Regierung und des IAA., die eigentlichen Interessenten an der Lösung der Frage in mündlicher Verhandlung gegenüber[155]).

Sehen wir uns das Gutachten B 18 an[156]), so stehen auch dort die Vertreter der Freien Stadt (Polens) und des IAA. einander in der mündlichen Verhandlung gegenüber[157]).

So gehen wir nach dieser kurzen Untersuchung nicht mehr fehl, wenn wir sagen, daß auch beim Gutachten über einen point die Cour, wenn es eben anging, nicht vom Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens abgewichen ist, daß also auch hier die Annäherung an das richterlich entscheidende Verfahren sich durchsetzte. Indessen drängte das Gutachten über einen point nicht mit der ganzen Unbedingtheit und Notwendigkeit zur Annäherung, wie es das Gutachten über den différend tat.

Aber nun müssen wir uns einem Falle zuwenden, in dem bei der Abgabe eines Gutachtens über einen point das kontradiktorische Verfahren nicht zur Anwendung kam, obwohl es — nach den Grundsätzen der Cour — möglich und gerechtfertigt gewesen wäre. Wir denken an das Gutachten B 1[158]).

Wir wollen zunächst feststellen, daß die Bitte um das Gutachten ausgegangen war vom Verwaltungsrat des IAA., und daß es sich dabei um die zweifellos völkerrechtliche Frage gehandelt hat, ob die Ernennung des Arbeitsvertreters der Niederlande zur Tagung der dritten Internationalen Arbeitskonferenz gemäß den Bestimmungen von Art. 389 Abs. 3 VV. erfolgt war.

Eine Frage von abstrakter allgemeiner Wichtigkeit, die das IAA. objektiv geklärt zu sehen wohl wünschen mochte. Und den-

---

151) Deutsche Ausgabe I. Bd. S. 19 ff.
152) Deutsche Ausgabe I. Bd. S. 24.
153) a.a.O. S. 21.
154) Deutsche Ausgabe I. Bd. S. 41 ff.
155) Deutsche Ausgabe I. Bd. S. 42.
156) Deutsche Ausgabe VII. Bd. S. 315 ff.
157) Deutsche Ausgabe VII. Bd. S. 319.
158) Deutsche Ausgabe I. Bd. S. 3 ff.

noch liegt dieser Frage eine Meinungsverschiedenheit, eine „contestation" durchaus zugrunde, eine contestation, deren beide Vertreter ein persönliches Interesse an der Entscheidung hatten. Diese Vertreter aber sind einmal die Regierung der Niederlande und auf der anderen Seite der Allgemeine Niederländische Gewerkschaftsbund [159]).

Hätte hier nicht kontradiktorisch verhandelt werden müssen? Es wurde aber nicht kontradiktorisch verhandelt; denn die Regierung der Niederlande hatte zwar einen Vertreter vor der Cour, der mündliche Ausführungen machte, der Allgemeine Niederländische Gewerkschaftsbund aber mußte sich mit der Einreichung einer Denkschrift begnügen [160]).

Suchen wir nach den Gründen, die diese ausgesprochen ungleiche Behandlung der Streitgegner bewirkten, so ist es eine Vorschrift im Règlement, die letzten Endes als einzige Ursache erscheint: Art. 73 Règlement [161]) spricht nämlich nur von Staaten und von Organisationen internationaler Art, denen von der Gutachtenbitte Kenntnis zu geben ist. Nur Staaten und internationale Organisationen haben die Möglichkeit, einen Vertreter zur mündlichen Verhandlung vor die Cour zu entsenden.

Beim point wird es aber jederzeit möglich sein, daß auf einer Seite eine nationale Organisation als Träger der contestation steht. Denn auch eine nationale Organisation, eine Partei, eine Gewerkschaft usw. kann durchaus und immer an der Entscheidung einer völkerrechtlichen Frage interessiert sein. Die nationale Organisation hat aber nicht die Möglichkeit, vor der Cour aufzutreten, sondern nur die Möglichkeit, auf besondere Einladung der Cour eine schriftliche Darstellung ihres Standpunktes einzureichen [162]). Steht also der nationalen Organisation als tatsächliche Gegnerin ein Staat oder eine internationale Organisation gegenüber, so wird es immer zu einem Verfahren vor der Cour kommen, in dem dem Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens nicht entsprochen werden kann.

Dies ist eine Lücke im Vorschriftensystem der Cour.

Und so ergibt es sich, daß in Rechtsfragen von unbestritten internationaler Natur unter Umständen nicht kontradiktorisch verhandelt werden kann, obwohl eine solche Verhandlung grundsätzlich am Platze und für die Cour nach ihrem eigenen Grundsatz die einzig mögliche wäre [163]).

---

159) a.a.O. S. 5 ff.
160) a.a.O. S. 6.
161) nach damaliger wie nach heutiger Fassung.
162) Vgl. Règlement Art. 73, wo nur von internationalen Organisationen die Rede ist.
163) Wir verkennen nicht, daß das Gutachten B 1 zu einer Zeit gegeben worden ist, in der die Tendenz nach kontradiktorischem Verfahren noch nicht hervortrat. Aber wir müssen feststellen, daß dieselbe Situation sich auch heute jederzeit wieder ergeben könnte.

4. Ergebnisse theoretischer und praktischer Art.

Zum Schlusse dieses Abschnittes bleibt es uns, zwei Feststellungen zu machen.

Das Gutachten hatte eine wesentlich andere Richtung eingeschlagen, als die war, die man ihm zugedacht hatte. Gegen die Gutachtenabgabe, die in der Tat nichts anderes wäre, als unverbindliche Antwort auf die Frage des Rates, mußten alle die Bedenken laut werden, die Moore seiner Zeit erhoben hatte[164]). So glich sich das Gutachtenverfahren in der Praxis dem gerichtlichen Verfahren an, und die Gegensätzlichkeit wurde auf diese Weise überwunden. Die Cour zog ihre Folgerung und paßte die gesetzliche Normierung dem neuen Zustand an[165]). Was sich entwickelt hatte, was gesetzlich nun auch normiert war, ist ein Gebilde, das den Namen „Gutachten" im Sinne dieses Begriffes freilich nicht unbeschränkt mehr verdient. Und das erscheint nicht unbedenklich, daß die Gutachtertätigkeit der Cour, die sich als brauchbar und nützlich erwiesen hatte, auf diese Weise vielleicht in die Gefahr gerät, ganz zu verschwinden, indem sie den Weg der Angleichung so weit geht, daß sie völlig dem gerichtlichen Verfahren angeglichen und nicht mehr davon zu unterscheiden ist[166]). Und Bedenken sind auch nicht von der Hand zu weisen, wenn die Angleichung nicht so vollkommen vor sich ginge, wenn dem Gutachten z. B. der Charakterzug der Unexekutierbarkeit gewahrt bliebe. Denn das Nebeneinanderbestehen von zwei gleichen Arten der Streitschlichtung, von denen eine exekutierbar, die andere aber unexekutierbar ist, kann uns nicht als wünschenswerte Entwicklung erscheinen[167])[168]).

Immerhin beginnt die Übereinstimmung zwischen gesetzlicher Normierung und tatsächlichem Zustand wiederhergestellt zu werden[169]), und es war für die Cour, wie wir gesehen haben, wohl kaum möglich, die Entwicklung des Gutachtens in der Richtung, die ihm zuerst zugedacht war und dem Begriff entsprach, zu lenken[170]).

Die zweite Feststellung aber ist die, daß das Verfahren, das sich entwickelt hat, den Bedürfnissen der Praxis zur Zeit durchaus zu entsprechen scheint. Dies beweist allein die Zahl der abgegebenen Gutachten. Auch ist das verständlich, denn es braucht ja nur daran erinnert zu werden, daß das Verfahren nach den Bedürfnissen der Praxis ausgebildet worden ist.

---

164) Vgl. Visscher a.a.O. S. 58.
165) Art. 71 Abs. 2 und Art. 73 Abs. 2 Règlement.
166) Hofmann a.a.O. S. 14.
167) Über das Wesen der Exekutierbarkeit soll hier nicht gestritten werden. Es genügt aber festzustellen, daß hinter dem, was hier noch „Gutachten" genannt werden soll, nicht einmal der moralische Druck, zu exekutieren, steht.
168) Vgl. Hofmann a.a.O. S. 175.
169) Vgl. Visscher S. 59.
170) Hofmann S. 175.

II. Gibt es Gutachten, die dem Aufgabenkreis der Cour nicht gemäß sind? Welches ist der Aufgabenkreis der Cour? (Kompetenz)

Nach diesem Überblick über die Entwicklung der Gutachtenfunktion, der uns dazu diente, aufzuzeigen, wie diese Funktion der Cour heute sich unseren Blicken darstellt, der uns dazu diente, aufzuzeigen, wie sich ein bestimmtes Verfahren, ein bestimmtes System — und zwar ein kontradiktorisches System — für diese Funktion des Gerichtes herausgebildet hat, kehren wir zu unserem Danziger Fall zurück.

Wir erinnern uns, daß die Frage, die wir uns gestellt hatten, dahin ging, ob dieses Danziger Gutachten dem Aufgabenkreis der Cour entsprochen hat und ob sie es geben durfte.

Zunächst muß aber Klarheit darüber herrschen, welches der Aufgabenkreis der Cour ist, und ob es überhaupt möglich ist, daß ein Gutachten diesem Aufgabenkreis nicht gemäß ist.

Der Aufgabenkreis, die Kompetenz der Cour ergibt sich aus Art. 1 des Statuts und aus Art. 14 VBS., auf den dieser Art. 1 Statut verweist, sowie aus Art. 34—38 Statut. In Art. 14 VBS. heißt es: „Dieser Gerichtshof befindet über alle ihm von den Parteien unterbreiteten internationalen Streitfragen. Er erstattet ferner gutachtliche Äußerungen über jede ihm vom Rate oder Bundesversammlung vorgelegte Streitfrage oder sonstige Angelegenheit". Die Art. 34—38 Statut geben dazu die nähere Ausführung.

Was zunächst die richterlich entscheidende Tätigkeit angeht, so ergibt sich aus Art. 14 VBS. eindeutig, daß der Gerichtshof nur über internationale Streitfragen befindet.

Was die gutachtliche Tätigkeit betrifft, so kann es sich ebenfalls nur um gutachtliche Äußerungen über vom Rat oder Bundesversammlung vorgelegte internationale Streitfragen oder internationale Angelegenheiten handeln. Dies ergibt sich ganz klar daraus, daß die Cour eben ein internationaler Gerichtshof ist, und daß sie auch, wenn sie Gutachten abgibt, wesensmäßig nichts anderes ist. Auch wenn die Cour Gutachten abgibt, kann sie nur „en tant que Cour" handeln und hat nicht die Möglichkeit, bei der Abgabe von Gutachten andere Grundsätze, andere Maßstäbe anzuwenden, als die in Art. 38 Statut angeführten. Ihr Wirken ist auf die Begutachtung internationaler Streitfragen oder sonstiger internationaler Angelegenheiten beschränkt.

Zuletzt ergibt sich aber aus dem Charakter der Cour als Gerichtshof, daß sie sowohl, wenn sie richterlich entscheidet, als auch, wenn sie Gutachten abgibt, nur nach rechtlichen Gesichtspunkten vorgehen darf. Rechtliche Gesichtspunkte können aber nur angewendet werden, wenn die vor die Cour gebrachten Fälle Rechtsfälle sind. Nicht rechtliche Streitigkeiten und Fragen, poli-

tische Streitigkeiten und Fragen zu lösen, ist der Cour demnach nicht möglich[171]).

Hier ist freilich nach Art. 36 Abs. 1 Statut eine Ausnahme möglich, wenn die Parteien bewußt auf Grund ihres Kompromisses eine nicht rechtliche Streitigkeit vor die Cour bringen und beide mit einer Lösung ex aequo et bono einverstanden sind. Die Bedingung, daß es sich um Rechtsstreitigkeiten handeln muß, ist auf das Obligatorium des Art. 36 Abs. 2 Statut beschränkt[172]). Das kann aber nur gelten für den Fall, daß die Staaten durch Kompromiß einen Fall vor die Cour bringen und nicht für die Gutachtenabgabe.

Wenn man dieses alles berücksichtigt, so könnte man sagen, daß die Cour für folgende Aufgabe geschaffen ist: „Der Gerichtshof befindet über alle ihm von den Parteien unterbreiteten internationalen Streitfragen und über die internationalen Rechtsstreitigkeiten des Art. 36 Abs. 2 Statut zwischen Staaten, die die Fakultativklausel unterschrieben haben. Er erstattet ferner gutachtliche Äußerungen über jede ihm vom Rate oder Bundesversammlung vorgelegte internationale rechtliche Streitfrage oder sonstige internationale rechtliche Angelegenheit."

Obwohl Art. 14 VBS., der die Aufgabe, für die die Cour geschaffen ist, enthält, nicht wörtlich mit dieser unserer Definition übereinstimmt, so ist doch klar, daß Art. 14 nur in diesem Sinne verstanden werden kann.

Aus dem Gesagten ergibt sich nun deutlich, daß es durchaus möglich ist, eine Aufgabe vor die Cour zu tragen, die nicht in diesen ihren Aufgabenkreis eingeordnet werden kann, die zu lösen ihr also nicht gemäß wäre. Die Frage, was die Cour in solchem Falle zu tun hat, wird uns an anderer Stelle beschäftigen.

Die von uns gestellte Frage geht dahin, ob das Danziger Gutachten eine solche nicht gemäße Aufgabe war.

Die Frage aber, die wir zuerst stellen wollen, ist folgende:

III. Kann aus dem Umstand, daß die Anwendung der Regeln der procédure consultative nicht erlaubte, unser Gutachten in der ihm angemessenen kontradiktorischen Weise zu verhandeln, geschlossen werden, daß das geforderte Gutachten dem Aufgabenkreis der Cour nicht gemäß war?

1. Das zur Anwendung gekommene Verfahren.

Da ergibt sich nun für uns zunächst die Notwendigkeit, darzustellen, in welcher Weise das Verfahren anläßlich unseres Falles vor der Cour sich abspielte. Wir greifen, um diese Darstellung zu geben, noch einmal auf das Gutachten selbst zurück und geben dar-

171) Hofmann a.a.O. S. 38 ff.
172) Vgl. Bustamante a.a.O. S. 200.

aus die Stelle wieder, in der die Cour selbst die Frage des Verfahrens behandelt[173]). Es heißt im Gutachten[174]): „Gemäß Art. 73 Z. 1 Abs. 1 der Geschäftsordnung ist das Ersuchen den Mitgliedern des Völkerbundes (durch Vermittlung von dessen Generalsekretär) und den zum Auftreten vor dem Gerichtshof befugten Staaten mitgeteilt worden. Ferner hat der Generalsekretär des Gerichtshofs durch Note vom 4. Oktober 1935 an die Freie Stadt Danzig, die von dem Präsidenten — der Gerichtshof selbst war nicht versammelt — als zum Auftreten vor dem Gerichtshof berechtigter Staat und zur Erteilung von Auskünften über die ihm zur Begutachtung überwiesene Frage in der Lage erachtet wurde, die in Art. 73 Z. 1 Abs. 2 der Geschäftsordnung vorgesehene besondere und unmittelbare Mitteilung gerichtet.... Ferner hat der Generalsekretär des Gerichtshofs auf Anweisung des Präsidenten den Generalsekretär des Völkerbundes am 14. Oktober 1935 schriftlich ersucht, die Verfasser der Petition vom 4. September 1935 in geeigneter Weise davon in Kenntnis zu setzen, daß der Gerichtshof, falls sie die Darlegungen in der Petition zu ergänzen wünschten, bereit sei, eine erläuternde Denkschrift von ihnen entgegenzunehmen, sofern sie auf dem Sekretariat bis spätestens zum 26. Oktober 1935 eingehe.

Vor Ablauf der festgesetzten Fristen sind dem Gerichtshof eine schriftliche Darlegung des Senats der Freien Stadt[175]) und zwei Denkschriften der Verfasser der Petition[176]) mit der Bitte übersandt worden, ihren Inhalt als die in dem Schreiben des Generalsekretärs des Gerichtshofs an den Generalsekretär des Völkerbundes vom 14. Oktober 1935 erwähnte ergänzende Denkschrift zu betrachten und zu behandeln.

Am 4. Oktober 1935 war der Senat der Freien Stadt Danzig davon in Kenntnis gesetzt worden, daß der Gerichtshof bereit sei, in einer öffentlichen Sitzung eine mündliche Darlegung von seiner Seite durch einen ordnungsgemäß bevollmächtigten Vertreter entgegenzunehmen. Der Senat hat später den Professor Dr. Graf Gleispach als Staatsvertreter und den Professor Dr. Grimm als Rechtsbeistand bezeichnet, und der Gerichtshof hat ihre Ausführungen in den öffentlichen Sitzungen vom 30. und 31. Oktober und 1. November 1935 entgegengenommen[177]). Am Schluß der Sitzung vom 1. November hat der Präsident die Verhandlung für geschlossen erklärt, vorbehaltlich der Befugnis des Gerichtshofs, die Vertreter der Freien Stadt um weitere Auskünfte oder Erläuterungen zu ersuchen oder sie sich durch andere ihm zur Verfügung stehende Mittel zu verschaffen.

Durch Schreiben vom 5. Oktober 1935 hatte der Senat der Freien Stadt Danzig den Gerichtshof ersucht, ihn zur Ermächtigung

173) Diese Stelle hatten wir bei der Wiedergabe des Inhaltes des Gutachtens nicht gebracht, sondern sie zurückgestellt.
174) P. d. I. C. s. A/B No. 65 S. 43. Deutsche Ausgabe 12. Bd. S. 57 ff.
175) P. d. I. C. s. C No. 77 S. 111 ff.
176) P. d. I. C. No. 77 S. 120 ff. u. 132 ff.
177) P. d. I. C. s. C No. 77 S. 179 ff. u. 222 ff.

eines Richters ad hoc für die vorliegende Sache zu ermächtigen. Auf Aufforderung des Gerichtshofs sind die Gründe für dieses Ersuchen durch den Staatsvertreter der Freien Stadt in der Sitzung vom 30. Oktober ausführlich vorgetragen worden [178]). Am folgenden Tage hat der Präsident des Gerichtshofs in der Sitzung mitgeteilt, daß dieser nach Beratung entschieden habe, daß keine Veranlassung bestehe, dem Ersuchen der Freien Stadt zu entsprechen. ....

Außer den oben erwähnten schriftlichen und mündlichen Ausführungen und den von dem Sekretariat des Völkerbundes übermittelten Urkunden haben dem Gerichtshof eine Anzahl von Urkunden vorgelegen, die von der Freien Stadt eingereicht oder von seinem Sekretariat zusammengestellt worden waren [179]).

In diesem Stand des Verfahrens hat der Gerichtshof, der ordnungsmäßig mit der Sache befaßt ist, nunmehr sein Gutachten zu erstatten."

Auf eine kurze Formel zusammengefaßt, ergibt sich hieraus, daß bezüglich der streitigen Frage zwei Rechtsauffassungen vertreten wurden. Als Vertreter der einen Auffassung standen Professor Dr. Graf Gleispach und Professor Dr. Grimm im Namen der Stadt Danzig vor der Cour, während die andere Auffassung der Cour in schriftlicher Darstellung dargetan worden war. Die Möglichkeit, auf die Argumente des Gegners einzugehen, bestand zwar für die Vertreter der Stadt [180]), nicht aber für die Vertreter der anderen Rechtsauffassung.

Von einer dritten Seite ist zu der der Cour unterbreiteten Rechtsfrage weder schriftlich noch mündlich Stellung genommen worden. So ist es denn nicht möglich, die Vertreter der Stadt und die Vertreter der Petition nur als simples informateurs aufzufassen, die ihre Rechtsauffassung zu einer Frage mitzuteilen hätten, die die Cour dem Rat gegenüber zu beantworten hat. Es ist nicht möglich, die Sache so anzusehen, daß es sich um eine abstrakte Frage gehandelt habe, bei deren Lösung die Vertreter der beiden Auffassungen weitgehend im Hintergrund geblieben wären, sodaß nach kontradiktorischem Verfahren kein Bedürfnis bestanden hätte [181]).

Es handelte sich vielmehr um ein Verfahren, bei dem die „Träger der contestation" durchaus hervortraten, bei dem sie als Gegner vor der Cour standen, bei dem gerade sie aufs äußerste an der Entscheidung der Cour interessiert waren. Daraus ergibt sich, daß — zunächst ganz abgesehen davon, ob ein différend oder ein point den Kern der Frage bildete — hier einer der Fälle vorlag, in denen die Cour nicht anders als kontradiktorisch hätte verhandeln dürfen [182]). Kontradiktorisch verhandelt wurde aber nicht, da die Vorschriften der Geschäftsordnung (insbesondere Art. 73) nach den

178) P. d. l. C. s. C No. 77 S. 171 ff.
179) P. d. l. C. s. A/B No. 65 S. 69. Vgl. P. d. l. C. s. C No. 77.
180) Vgl. d. l. C. s. C No. 77 S. 272. Schreiben No. 54.
181) Vgl. S. 56 ds. Arb.
182) Vgl. S. 56 ds. Arb.

besonderen Umständen dieses Falles eine gleiche Behandlung der „Parteien" nicht zuließen.

Nun erinnern wir uns daran, daß sich das Verfahrenssystem der Cour, das bei der Abgabe von Gutachten zur Anwendung kommt, in engster Anlehnung an die Bedürfnisse der Praxis entwickelt hat[183]). Diese Tatsache legt den Schluß nahe, daß heute tatsächlich jedes „normale" Gutachten im Rahmen der procédure consultative gegeben werden können muß, ohne daß es zu Spannungen zwischen Verfahren und Gutachten kommen kann.

Und so rechtfertigt sich denn unsere erste Frage: Dürfen wir aus dem Umstand, daß unser Gutachten nach den Regeln der procédure consultative nicht gegeben werden konnte, ohne daß es zu den schwersten Widersprüchen zwischen angewendetem Verfahren und dem Fall angemessenem Verfahren kam, folgern, es habe hier kein „normales", dem Aufgabenkreis der Cour angemessenes Gutachtenverlangen vorgelegen?

Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob der Beweis zu führen ist, daß tatsächlich jedes „normale" Gutachten, indem es nach den Regeln der procédure consultative verhandeln wird, notwendigerweise auf eine ihm gemäße und entsprechende Art verhandelt wird.

Kann dieser Beweis geführt werden, dann dürfen wir freilich sagen: Wenn sich ergibt, daß die Verhandlung nach den Regeln der procédure consultative in einem besonderen Gutachtenfall nicht erfolgen kann, ohne daß die schwersten Widersprüche zwischen Gutachten und Verfahren sich ergeben, so kann hier kein „normales" Gutachtenverlangen vorgelegen haben.

Zur Prüfung dieser Frage ist es nötig, für den différend und für den point die Untersuchung getrennt voneinander zu führen, denn es ergeben sich, wie wir sehen werden, nicht unwesentliche Unterschiede.

Zunächst also:

2. Muß jedes Gutachten über ein différend, indem es nach den Regeln der procédure consultative verhandelt wird, auf eine ihm entsprechende und angemessene Art verhandelt werden?

Unsere Darstellung hat gezeigt, wie sich für die Cour im Laufe der Entwicklung die Notwendigkeit ergeben hat, Gutachten über eine différend unter strikter Beobachtung des kontradiktorischen Grundsatzes zu geben, weil ein vom Prinzip der Gleichheit der Parteien beherrsches Verfahren diesem Gutachten gerade gemäß und entsprechend ist. Der différend ist eine „contradiction entre deux personnes". Es sind in jedem Falle zwei (oder mehrere) Staaten, die einander gegenüberstehen. Eine Verhandlung, in der diese

183) Vgl. S. 53 f. ds. Arb. Einfügung des Art. 71 Abs. 2, 73 neuer Fassung ins Règl.

beiden Staaten sich mit gleichem Recht gegenüberstehen, ist allein die Verfahrensart, die dem différend gemäß ist. Die Regeln der procédure consultative insbesondere Art. 71 Abs. 2 und Art. 73 Geschäftsordnung geben aber die Gewähr dafür, daß tatsächlich den „Parteien" gleiches Recht in der Verhandlung gegeben ist. So ist denn die Identität zwischen dem in der procédure consultative niedergelegten Verfahren und dem dem différend entsprechenden kontradiktorischen Verfahren gewährleistet.

Die erste Frage ist also zu bejahen. Jedes „normale" Gutachten, das einen différend betrifft, muß notwendigerweise, indem es nach den Regeln der procédure consultative verhandelt wird, auf eine ihm angemessene und entsprechende Art verhandelt werden [184]).

Die zweite Frage aber ist folgende:

3. Muß jedes Gutachten über einen point, indem es nach den Regeln der procédure consultative verhandelt wird, auf eine ihm entsprechende und angemessene Art verhandelt werden?

Wir haben gesehen, daß es das Charakteristikum des point (nach der Definition der Cour) ist, daß ihr in der Realität entweder gar keine contestation, oder aber bestimmt keine contestation zwischen zwei Staaten zugrundeliegt.

Wir führen nun die Untersuchung wieder in der Weise, daß wir festzustellen suchen, welches das dem normalen point entsprechende Verfahren ist, und indem wir dann vergleichen, ob dieses entsprechende Verfahren mit den in der procédure consultative niedergelegten Verfahrensregeln identisch ist.

Nehmen wir zunächst einmal an, der VBR. habe der Cour eine Rechtsfrage zur Begutachtung vorgelegt (über die Auslegung einer Bestimmung des Völkerrechts oder etwas ähnliches), deren Lösung in der Tat nur theoretisch von Bedeutung ist, ohne daß in der Wirklichkeit irgendwelche Organisationen, Verbände oder Staaten an der Lösung im einen oder anderen Sinne interessiert wären. Es mögen sich zwar Vertreter für diese oder jene Rechtsauffassung finden, Träger einer contestation aber sind nicht da. Ein Bedürfnis nach kontradiktorischer Verhandlung liegt hier nicht vor. Niemand kann ein Interesse daran haben, mit gleichem Recht wie ein anderer vor der Cour auftreten zu dürfen. Nur die Cour hat ein Interesse daran, sich über die verschiedenen Gesichtspunkte, von denen man die Sache ansehen kann, zu instruieren. Ob diese nötigen Auskünfte schriftlich oder mündlich gegeben werden, ob jemand die Möglichkeit hat, Stellung zu den Ausführungen eines anderen zu nehmen, das ist sowohl für die Cour als auch für die informateurs

184) Wir erinnern an den Ostkarelienfall, in dem die Cour ein Gutachten nicht gegeben hat, und an die Fälle B 10 und B 12, die dazu führten, daß heute ein Gutachten über einen différend nur noch kontradiktorisch verhandelt werden kann.

selbst ohne Bedeutung. Wenn nun nach der Geschäftsordnung internationale Organisationen und Staaten das Recht haben, vor der Cour aufzutreten, während nationale Organisationen nicht vor der Cour auftreten können, so sind diese Vorschriften der procédure consultative durchaus einem Pointgutachten angemessen, bei dem tatsächlich keine Streitgegner einander gegenüberstehen, bei dem es keine „contestation" gibt. Ein solches contestationsloses Pointgutachten wird also wiederum, wenn es nach den Regeln der procédure consultative verhandelt wird, auf eine ihm durchaus entsprechende und angemessene Weise verhandelt.

Wie aber liegen die Dinge, wenn dem point eine Meinungsverschiedenheit tatsächlich zugrundeliegt?

Nehmen wir wieder einen „normalen" point an, eine das internationale Recht betreffende Frage, an deren Lösung aber in der Wirklichkeit zwei einander gegenüberstehende Gegner interessiert sind. Hier ist das angemessene Verfahren ein kontradiktorisches Verfahren. Sind diese Gegner ein Staat und eine internationale Organisation, so kann nach der Geschäftsordnung kontradiktorisch verhandelt werden. Wie aber, wenn die Gegner eine nationale Organisation und auf der anderen Seite ein Staat oder eine internationale Organisation sind? Auch hier müßte kontradiktorisch verhandelt werden. Hier aber kann nach der procédure consultative n i c h t kontradiktorisch verhandelt werden[185]). Wir haben an anderer Stelle dargetan, daß wir hier eine Lücke im System der procédure consultative haben.

4. Schlußfolgerung.

Auf Grund dieser Lücke nun müssen wir feststellen, daß nicht jedes „normale" Gutachten über einen point, indem es nach den Regeln der procédure consultative verhandelt wird, notwendigerweise auf eine ihm entsprechende und angemessene Art verhandelt wird.

Es ist vielmehr durchaus denkbar, daß die Cour um ein „normales" Gutachten über einen point gebeten worden ist, auch wenn sich ergibt, daß dieses Gutachten nach der procédure consultative nicht verhandelt werden kann, ohne daß schwere Widersprüche zwischen angewandtem Verfahren und dem Gutachten gemäßem Verfahren sich ergeben.

Wenden wir das hier gefundene Ergebnis auf unseren Fall an, so ergibt sich folgendes: Es ist uns nicht möglich, in diesem Falle aus dem Verfahren einen Schluß auf die „Normalheit" des Gutachtens zu ziehen.

---

185) Wir führen heir das Gutachten B 1 als Beispiel an. Der Allgemeine Arbeiterverein konnte nicht vor der Cour auftreten. Die holländische Regierung aber konnte es. Es handelte sich zweifellos um eine Frage des internationalen Rechts. Ein solcher Fall ist jederzeit wieder vorstellbar.

5. Die Auffassung Anzilottis zur Frage des Verfahrens.

Am Ende dieses Abschnittes wollen wir es nicht versäumen, die Ansicht, die Anzilotti zu unserer Frage einnimmt und der er in der dem Gutachten beigefügten „opinion individuelle" Ausdruck verleiht, kennen zu lernen.

Anzilotti schreibt[186]): „Auf diese Weise sind die beiden Parteien des Streites, auf den sich die dem Gerichtshof vorgelegte Frage bezieht, offenbar ungleich gestellt worden", und an anderer Stelle[187]): „Für mich ist wesentlich, daß der Gerichtshof, um das vorliegende Gutachten erstatten zu können, vor der Notwendigkeit gestanden hat, entweder unter Außerachtlassung seiner Geschäftsordnung ein Verfahren ad hoc zu schaffen oder von einer so grundlegenden Regel, wie es die Gleichheit der Parteien ist, abzuweichen; und das deshalb, weil es sich um eine Frage des Landesrechts handelte, die sich auf einen Streit der inneren Politik bezog".

Es könnte dem flüchtigen Blick so scheinen, als ob wir zu einem Anzilotti entgegengesetzten Ergebnis gekommen wären. Aber dem ist nicht so. Es kommt hier auf die Art der Fragestellung an. Anzilotti hat im ersten Teil seiner Ausführung bewiesen, daß hier ein Gutachten über eine nationale Frage vor die Cour gebracht worden ist. Wenn er im zweiten Teil auf die Frage des Verfahrens eingeht, so tut er das nur, um dieses festzustellen: Daraus, daß ein nicht „normales" Gutachtenverlangen vor die Cour gebracht worden ist, ergab sich die Folgerung, daß die Cour ihrem Grundsatz von der Gleichheit der Parteien im Verfahren nicht getreu bleiben konnte.

Diese Feststellung ist durchaus richtig.

Anzilotti kann aber nicht — und tut es auch nicht — daraus, daß die Cour ihrem Grundsatz von der Gleichheit der Parteien im Verfahren nicht getreu bleiben konnte, nun wiederum die Folgerung ziehen, daß deswegen kein „normales" Gutachtenverlangen vorgelegen haben könne.

Die Frage nach der Berechtigung dieser Schlußfolgerung war von uns aufgeworfen worden, und diese Frage war, wie wir gesehen haben, zu verneinen.

IV. Ist das geforderte Gutachtenverlangen dem Aufgabenkreis der Cour aus irgend einem Grunde nicht gemäß?

Wir haben gesehen, daß uns das zur Anwendung gekommene Verfahren nicht erlaubt, Schlüsse über die „Gemäßheit" und „Normalheit" unseres Gutachtens zu ziehen. So soll denn unsere weitere Untersuchung der Frage gelten, ob andere Gründe dafür ins Feld

186) P. d. I. C. s. A/B No. 65 S. 65. Deutsche Ausgabe S. 81.
187) a.a.O. S. 82.

geführt werden können, daß hier kein „normales" Gutachten gefordert worden war.

Welches sind die Wesensmerkmale des „normalen" Gutachtens? Weist unser Gutachten diese Merkmale auf? Das sind die Fragen, denen unsere Prüfung in der Folge zu gelten hat.

1. Liegt ein Gutachten über eine internationale Rechtsfrage vor?

a) Was bedeutet der Begriff „internationale Rechtsfrage"?

Es sei hier zunächst eines vorweg genommen. Unser Thema erlaubt es uns, das Problem „Rechtsfrage" kurz zu behandeln. Es genügt festzustellen, daß in unserem Falle eine Rechtsfrage vorgelegen hat; denn die Frage nach der Vereinbarkeit zweier Gesetze ist eine Frage des Rechts.

Der Ton unserer Frage liegt also auf dem Wort „international".

Mit dieser Frage müssen wir uns ausführlich auseinandersetzen, aber das soll an anderer Stelle geschehen. Hier soll nur eines festgestellt werden. Eine internationale Rechtsfrage kann nicht das Recht, das innerhalb eines Staates gilt, betreffen, sie kann nicht Probleme betreffen, die sich aus Recht und Gesetz innerhalb eines Staatswesens, sei es zwischen den Bürgern des Staates, sei es zwischen Staat und Untertanen, ergeben. Vielmehr kann eine internationale Rechtsfrage nur gestellt werden bezüglich des Rechts, das zwischen den Staaten gilt, bezüglich des Rechts und der Normen, die irgendwie das Verhältnis und die Beziehungen der Staaten untereinander angehen.

b) Unserem Gutachten scheint keine internationale, sondern eine nationale Rechtsfrage zugrunde zu liegen.

Diese kurze vorläufige Feststellung vor Augen kehren wir nun zu unserem Falle zurück, um zu sehen, wie er sich zu dem, was wir als charakteristisch für die internationale Rechtsfrage festgestellt haben, verhält. Die der Cour zur Begutachtung vorgelegte Frage lautete folgendermaßen[188]): „Der Völkerbungsrat ersucht den Ständigen Internationalen Gerichtshof ..... ein Rechtsgutachten über die Frage zu erstatten, ob die angeführten Verordnungen mit der Danziger Verfassung vereinbar sind oder ob sie irgendwelche Vorschriften oder Grundsätze derselben verletzen."

Man sieht, daß der Inhalt dieser Frage der ist, ob ein Danziger Gesetz vereinbar mit einem anderen Danziger Gesetz ist. Zwei Gesetze des Gemeinwesens Danzig werden geprüft, werden miteinan-

188) P. d. I. C. s. A/B No. 65 S. 42. Deutsche Ausgabe S. 55/56.

der verglichen, werden inhaltlich ausgelegt. Nirgendwo aber kommt zum Ausdruck, daß irgendwo und irgendwie internationales Recht im Spiele sei, daß die von der Cour vorzunehmende Prüfung im Hinblick auf internationales Recht vorzunehmen wäre.

„Ist die französische Verfassung mit dem code civil vereinbar?" Diese Frage vor die Cour zur Begutachtung zu bringen, würde dem VBR. niemals einfallen. Und dennoch unterscheidet sich diese Frage äußerlich in nichts von der in unserem Falle vor die Cour gebrachten Frage. So wird denn klar, daß im Hinblick auf unseren Fall sich ein Bedenken unabweislich aufdrängt: Der Cour ist keine internationale, sondern eine nationale Rechtsfrage zur Begutachtung vorgelegt worden[189]).

Ob dieses Bedenken gerechtfertigt ist, das wird die Untersuchung im folgenden lehren müssen.

2. Was ist eine internationale Rechtsfrage?

Jetzt erweist es sich denn zunächst als nötig, die vorläufige Kennzeichnung der internationalen Rechtsfrage, die wir unter 1, a gegeben haben, zu präzisieren.

a) Studium des Art. 36 Abs. 2 Statut.

Als Wegweiser dazu muß Art. 36 Abs. 2 des Courstatutes dienen. Dort ist ein Katalog aufgeführt, der folgendermaßen lautet:

a) Die Auslegung eines Staatsvertrages.

b) Jede völkerrechtliche Frage.

c) Das Vorhandensein jedes Tatbestandes, der bewiesen, die Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung bedeuten würde.

d) Natur oder Umfang des wegen Bruches einer Völkerrechtspflicht geschuldeten Entschädigung.

Dies alles sind, wie sich aus dem Satz ergibt, der im Art. 36 Abs. 2 dem Katalog vorangeht, Rechtsstreitigkeiten. Wir sehen, wie in sämtlichen Gruppen des Kataloges das Recht, das zwischen den Staaten gilt, auf irgendeine Weise umstritten ist.

So dürfen wir sagen, der Katalog in Art. 36 Abs. 2 ist der Katalog der internationalen Rechtsstreitigkeiten[190]).

Dieselben im Katalog aufgeführten Gruppen a—d müssen aber auch Gegenstand der internationalen Rechtsfrage bilden können,

189) Vgl. P. d. l. C. s. A/B No. 65 S. 61. Op. ind. Anzilotti.

190) Es ist ein umfassender Katalog der internationalen Rechtsstreitigkeiten, wie sich aus der weiten Fassung der Punkte ergibt, unter die tatsächlich alle internationalen Rechtsstreitigkeiten subsumiert werden können.

denn wir haben gesehen, wie der Unterscheidungspunkt zwischen Streit und Frage nach der Auffassung der Cour nur darin liegt, daß sich beim Streit zwei Staaten ein Recht streitig machen, während bei der Frage eine contestation zweier Staaten fehlt. Im allgemeinen wird wohl die Frage eher die Punkte a und b als die Punkte c und d angehen, schon deswegen, weil das Vorhandensein eines Tatbestandes mit der in der Regel vom Tatbestand gerade abstrahierten Natur der „Frage" kaum vereinbar ist, und weil einen Tatbestand festzustellen, kaum jemals ein anderer als ein Staat im Hinblick auf einen anderen Staat interessiert sein wird. Dennoch ist es begrifflich nicht ausgeschlossen, daß auch z. B. Punkt c den Gegenstand einer Frage bildet. Völkerrechtliche Verpflichtungen gibt es auch gegenüber dem VB. und wenn also zwischen einem Staat und dem VB. eine Meinungsverschiedenheit, betreffend Punkt c, vor die Cour gebracht würde, so könnte die Cour diese Meinungsverschiedenheit nur als Rechtsfrage behandeln [191]).

Diese Überlegung wurde angestellt, um zu zeigen, daß zwischen Rechtsstreitigkeit und Rechtsfrage kein wesensmäßiger Unterschied im Hinblick auf das internationale Recht besteht. Rechtsstreitigkeit und Rechtsfrage über internationales Recht betreffen das, was in Art. 36 Abs. 2 unter Ziffer a—d aufgezählt ist.

Eines freilich könnte uns noch stutzig machen. Wenn wir sehen, daß in Art. 36 Abs. 2 Nr. b speziell als völkerrechtliche Frage angeführt wird, so könnten wir denken, allein Ziff. b betrifft im Grunde internationales Recht, und es erhöbe sich die Frage, was es mit der Aufzählung der Ziffern a, c und d für eine Bewandtnis hat. Auch könnten wir denken, wir wollen in Art. 36 Abs. 2 die Antwort auf die Frage finden, was internationales Recht sei, und es wird uns dort unter Ziffer b nichts anderes gesagt, als daß es eben internationales Recht sei.

Aber es ist ganz klar, daß Ziffer a, c und d auch nichts anderes als internationales Recht betreffen, und so ergibt sich denn, daß in Ziff. a, c und d angeführt wird, was in Ziff. b schon enthalten ist [192]). Die Fassung und Formulierung des Kataloges erweist sich demnach als unglücklich, doch ist sie nicht ohne Sinn. Denn wenn Punkt a die Auslegung eines Staatsvertrages betrifft, so hatte man dabei an das vertragliche, zwischen zwei Staaten bestehende spezielle Völkerrecht gedacht. Dagegen sollte der Punkt b — jede völkerrechtliche Frage — in erster Linie das allgemeine, das völkerrechtliche Gewohnheitsrecht umfassen [193]).

---

191) In der Regel wird die Cour bei der Rechtsfrage interpretieren, beim Streit applizieren. Vgl. Wundram: Die Fakultativklausel S. 23. Doch ist auch ein Streit denkbar, in dem es um die Auslegung, um Interpretation also geht, und eine Rechtsfrage (eine contestation zwischen Staat und VB., internationaler Organisation usw.), bei der appliziert werden müßte.

192) Vgl. Schücking-Wehberg: Die Satzung des Völkerbundes S. 525 (für den entsprechenden Art. 13 II VBS.); Statut et Règl. S. 249; Wundram a.a.O. S. 23.

193) Statut et Règl. S. 249; Wundram a.a.O. S. 23.

b) Insbesondere Studium des Art. 36 Abs. 2 Ziffer c Statut.

Dem Punkt c muß unsere Aufmerksamkeit noch insbesondere gelten.

Es handelt sich dabei um Rechtsstreitigkeiten über das Vorhandensein jedes Tatbestandes, der bewiesen, die Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung bedeuten würde. Wundram[194]) schreibt dazu: „Bei a und b herrschen Meinungsverschiedenheiten beispielsweise darüber, ob die Abschaffung von Kreuzern eines bestimmten Typs unter ein Abrüstungsabkommen fällt, bei Ziff. c darüber, ob es sich in einem bestimmten Falle um einen solchen Kreuzertyp handelt. ....“ „Man hat bei Ziff. c offenbar an Prozesse gedacht, bei denen die Subsumtion eines Tatbestandes nicht oder nicht allein streitig, sondern die Verwirklichung, das Vorhandensein eines Sachverhaltes geleugnet wird und hat deshalb besonders ausdrücken wollen, daß dem STIG sehr wohl auch die rein tatsächliche Feststellung des wahren Sachverhaltes obliegen kann“.

Ist dies nun nicht ein Widerspruch zu dem, was wir oben festgestellt haben? Das Gericht stellt Tatsachen, Sachverhalte fest, dazu noch Sachverhalte, die in einem Lande vorliegen. Kann es eine internationale Rechtsfrage sein, die das Gericht zu solchem Tun veranlassen könnte. Es scheint, als ob bei solcher Tätigkeit des Gerichtes es sich weder um eine Rechtsfrage[195]) noch auch um eine internationale Rechtsfrage handelte.

Und dennoch ist es kein Widerspruch, noch auch eine Fiktion, wenn der Punkt c in der Reihe der internationalen Rechtsstreitigkeiten aufgeführt wird. Denn der Sachverhalt, der in einem Lande vorliegende Tatbestand wird von der Cour nicht um seiner selbst willen geprüft, sondern nur im Hinblick auf eine völkerrechtliche Verpflichtung, im Hinblick auf das *internationale* Recht. Auf das Verhältnis des nationalen Sachverhaltes zum internationalen Recht kommt es einzig und allein an. Hat der nationale Sachverhalt kein Verhältnis zum internationalen Recht, gibt es keine internationale Verpflichtung, von der aus gesehen der nationale Sachverhalt wichtig wird, so kann sich die Cour in keiner Weise darum bekümmern. Nur ist nicht bestritten, ob ein Zustand mit dem internationalen Recht vereinbar ist, sondern es ist bestritten, ob ein Zustand, von dem man beiderseits weiß, daß er mit dem internationalen Recht nicht vereinbar ist, vorliegt[196]). Das internationale Recht steht aber in beiden Fällen oben an, wegen ihm allein wird die Sache vor die Cour gebracht. So ergibt sich denn, daß zu Recht auch Punkt c in der Reihe der internationalen Rechtsstreitigkeiten aufgeführt wird. Und wenn nicht zwei Staaten um das Vorhandensein eines solchen Tatbestandes streiten, sondern wenn z. B. der

194) Wundram a.a.O. S. 24.
195) sondern um eine Tatfrage.
196) P. d. I. C. s. A No. 20 Urt. Nr. 14. Deutsche Ausgabe Bd. VII S. 37.

VB. auf Veranlassung des IAA. die Cour fragte, ob in einem Staate ein Tatbestand vorliegt, der die Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung bedeutete, so wäre dies nichts anderes als eine internationale Rechtsfrage.

Nun kann der Fall eintreten, daß die bestrittene Tatsache in einem Lande, die mit einer internationalen Verpflichtung nicht vereinbar ist, ein Landesgesetz ist[197]). Denn „gegenüber dem internationalen Recht und dem Gerichtshof als seinem Organ sind die nationalen Gesetze bloße Tatsachen, Kundgebungen des Willens und der Tätigkeit der Staaten, gleich wie die gerichtlichen Entscheidungen oder die Verwaltungsmaßnahmen“[198]).

Es muß uns nun interessieren, ob die Cour in diesem Falle tatsächlich eine souveräne Auslegung der Landesgesetze vornimmt, auf die Gefahr hin, sich in heikle interne Dinge zu verwickeln. Die Cour hat auch diese Frage selbst beantwortet. Einmal sagt sie in dem soeben zitierten Urteil[199]): „Gewiß ist der Gerichtshof nicht dazu berufen, das polnische Gesetz als solches auszulegen; aber nichts steht dem entgegen, daß er sich darüber ausspricht, ob Polen durch Anwendung des genannten Gesetzes in Einklang mit den Verpflichtungen, die ihm das Genfer Abkommen gegenüber Deutschland auferlegt, handelt oder nicht.“

Und dann sagt die Cour im Urteil vom 12. Juli 1929[200]): „Es würde der Aufgabe, für die er (der Gerichtshof) errichtet ist, nicht entsprechen und ebensowenig mit den seine Zusammensetzung beherschenden Grundsätzen im Einklang stehen, wenn er selbst eine eigene Auslegung eines Landesrechts vornehmen müßte, ohne die Rechtsprechung zu berücksichtigen, und auf diese Weise Gefahr liefe, sich mit der von der höchsten nationalen Instanz gegebenen Auslegung, deren Ergebnisse ihm vernunftgemäß erscheinen sollten, in Widerspruch zu setzen“[201]). Dies ist die Ansicht der Cour, und es ist dazu nichts hinzuzufügen. Als Ergebnis dieses Abschnittes aber können folgende Sätze aufgestellt werden:

1. Streit oder Frage im Hinblick auf internationales Recht betreffen das, was in Art. 36 Abs. 2 Ziff. a—d aufgezählt ist.

2. In Art. 36 Abs. 2 Ziff. c insbesondere handelt es sich um nichts anderes als internationales Recht, weil die Übereinstimmung eines Sachverhaltes mit dem internationalen Recht das Wesen dieses Punktes ausmacht.

---

197) idem S. 37.

198) P. d. I. C. s. A No. 7 Urt. v. 25. 5. 1926. Deutsche Ausgabe Bd. IV S. 24/25.

199) Deutsche Ausgabe Bd. IV S. 24/25.

200) P. d. I. C. s. A No. 20. Deutsche Ausgabe Bd. VII S. 66.

201) Ich glaube nicht, daß es nötig ist, eine Unterscheidung in zwei Fälle zu machen, in denen die Cour Landesrecht zu berücksichtigen hat (so Anzilotti, Deutsche Ausgabe S. 79). Der Grundsatz jedenfalls, den die Cour hinsichtlich der Interpretation des Landesrechts aufstellt, gilt für die beiden von Anzilotti angegebenen Fälle.

3. Ist die nach Art. 36 Abs. 2 Ziff. c umstrittene Tatsache ein Landesgesetz, so geht die Cour nicht autonom in der Auslegung dieses Gesetzes vor, sondern richtet sich nach der Auffassung, die in dem betreffenden Lande maßgeblich ist.

3. Prüfung der Frage, ob unserem Gutachten eine internationale Rechtsfrage zugrundeliegt.

a) Die Auffassung der Cour. Wieso könnte daran gedacht werden, daß dem Gutachten eine internationale Rechtsfrage zugrundeliegt.

Wir sagten oben, daß der Inhalt unserer Frage der sei, ob ein Danziger Gesetz mit einem anderen Danziger Gesetz vereinbar ist. Zwei Gesetze des Gemeinwesens Danzig werden geprüft, werden miteinander verglichen und inhaltlich ausgelegt. An keiner Stelle und in keinem Wort der vorgelegten Frage aber findet sich ein Hinweis auf internationales Recht.

Auf den ersten Blick muß also der Eindruck gewonnen werden, hier ist eine Frage des nationalen Rechts vor die Cour gebracht worden. Und dennoch kann dieses Ergebnis zweifelhaft erscheinen, sobald man die völkerrechtliche Stellung Danzigs in Rechnung stellt.

Hier wird der VV., soweit er Danzig betrifft, von Wichtigkeit.

Der Art. 103 Abs. 1 des VV. lautet: „Die Verfassung der Freien Stadt Danzig soll im Einvernehmen mit einem Hohen Kommissar des VB. von ordnungsgemäß berufenen Vertretern der Freien Stadt ausgearbeitet werden. Die Verfassung soll unter die Garantie des VB. gestellt werden".

Dieser Artikel 103 Abs. 1 VV. ist die entscheidende Vorschrift, auf Grund deren allein der VBR. die Gutachtenbitte an die Cour als an ein internationales Gericht gebracht hat. Auf Grund des Art. 103 Abs. 1 VV. ist für VBR. und Cour die gestellte Frage eine internationale Rechtsfrage.

In der Begründung des Gutachtens heißt es: „Wenn auch die Auslegung der Danziger Verfassung an erster Stelle eine innere Angelegenheit der Freien Stadt ist, so ist doch klar, daß sie die Garantie des Völkerbundes, wie sie von dem Rat und dem Gerichtshof ausgelegt wird, zum Zuge bringen kann. Es ist weiter klar, daß, wenn die Verfassungsmäßigkeit von Verordnungen des Senates bestritten wird, hierbei Fragen entstehen können, deren Beantwortung von der Auslegung der Verfassung abhängt. Daraus folgt, daß eine Petition, wie sie von gewissen politischen Parteien Danzigs am 4. September 1935 dem Hohen Kommissar eingereicht ist, notwendig die Garantie der Danziger Verfassung durch den Bund zum Zuge bringt. Das genügt, um den internationalen Charakter der Frage zu begründen, die durch die Petition entstanden ist, die zu der Ent-

schließung des Rates, betreffend die Einholung eines Rechtsgutachtens führte. (Ceci suffit à établir l'existence d'un élément international dans le problème posé par la pétition ...). Diese Eigenschaft wird dadurch nicht ausgeschaltet, daß der Gerichtshof zwecks Abgabe des erforderten Gutachtens die innere Gesetzgebung der Freien Stadt, einschließlich der Danziger Verfassung, zu prüfen hat."

La pétition met en jeu la garantie. Ceci suffit à établir l'existence d'un élément international dans le problème. Dies scheint uns eine gar unklare und ungewisse Art der Kompetenzbegründung zu sein. Nicht auf ein „élément international" kommt es an, sondern darauf, ob — juristisch beurteilt — eine Frage des internationalen Rechts vor die Cour gebracht wurde oder nicht.

Aber wir wollen versuchen, der Auffassung der Cour eine mehr juristische Form zu geben. Dafür gibt es drei Möglichkeiten, an die gedacht werden könnte.

α) Art. 103 VV. stellt eine internationale Verpflichtung für Danzig dar, die es durch die Verordnungen verletzt hat.

Dadurch, daß die Garantie des VB. im Spiele ist, kommt ein internationales Element in das Problem. Die Garantie des VB. über die DV. ist aber im VV. festgesetzt. Auf Grund der Garantie hat der VB. darüber zu wachen, daß in Danzig das Verfassungsleben stets den Vorschriften der Verfassung entspreche[202]). Wenn wir dies, ohne im übrigen dem Wesen und der Bedeutung der Garantie des VB. hier näher kommen zu wollen, einmal schon feststellen, so könnte daran gedacht werden, daß die Garantie des Art. 103 VV. für Danzig die Verpflichtung enthält, in seinem Verfassungsleben nicht vom Buchstaben und Sinn der Verfassung abzuweichen. Und dann liegt der Schluß wieder nahe, daß ein Abweichen von Sinn und Buchstaben dieser Verfassung sich als Verletzung des Art. 103 VV. darstellte. Eine internationale Rechtsfrage kann betreffen „das Vorhandensein jedes Tatbestandes[203]) (und der Tatbestand kann in einem nationalen Gesetz gefunden werden), der bewiesen, die Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung bedeuten würde".

An Punkt c des Art. 36 Abs. 2 Statut kann also gedacht werden. Dieser Punkt c des Art. 36 Abs. 2 mag umso mehr im Mittelpunkt unserer Aufmerksamkeit stehen, wenn wir die Frage prüfen, ob hier eine internationale Rechtsfrage vorliegt, als weder Punkt a noch Punkt b (noch natürlich Punkt d) herangezogen werden können.

Denn es handelt sich in unserem Falle nicht um die Auslegung eines Staatsvertrags. Die der Cour vorgelegte Frage enthält nichts, aus dem zu entnehmen wäre, daß die Cour sich mit dem Art. 103

202) Bericht des Vicomte Ishii v. 17. 11. 1920.
203) Hier: Die Nichtvereinbarkeit der Verordnungen mit der DV.

VV. auseinander zu setzen habe. Ebensowenig liegt eine Frage des allgemeinen völkerrechtlichen Gewohnheitsrechtes vor. So bleibt nur Punkt c, der tatsächlich nicht ebenso kurz erledigt werden kann.

Wenn wir soeben die Cour so auszulegen versuchten, als ob Danzig seine Verpflichtungen, die ihm durch den VV. aufgelegt sind, verletzt habe, so gibt es nun eine zweite Möglichkeit, an die zu denken wäre, wenn man die Kompetenz der Cour begründen will:

β) Die DV. stellt eine internationale Verpflichtung für Danzig dar, die es durch die Verordnungen verletzt hat.

Die Garantie des VB. über die DV. ist freilich im Art. 103 Abs. 1 VV. vorgesehen. Dennoch ist es nicht notwendig, auf diesen Vertrag zurückzugreifen, wenn man für Danzig die Quelle der internationalen Verpflichtung feststellen will. Diese Quelle fließt vielmehr viel näher an Danzig und ist in der DV. selbst zu sehen.

Die DV. nämlich ist ein Gesetz, das nicht als ein internes Gesetz angesehen werden kann. Vielmehr reicht sie in den Bereich des internationalen Rechts, eben weil sie unter die Garantie des VB. gestellt ist (was freilich auf Grund der Vorschrift des VV. geschah). Die Danziger Verfassung selbst stellt eine internationale Verpflichtung dar. Der Umstand, daß sie im Einvernehmen mit dem Hohen Kommissar geschaffen worden ist, der Umstand, daß Art. 42 die Auskunftspflicht des Senats gegenüber dem VB. über jede öffentliche Angelegenheit begründet und endlich der Umstand, daß Art. 49 die Mitwirkung des VB. zur Verfassungsänderung vorschreibt, tun das einwandfrei dar. In diesen beiden Verfassungsartikeln 42 und 49 ist die Garantie des Völkerbundes realisiert. Wenn also die Garantie das „élément international", die internationale Verpflichtung darstellt, so braucht deswegen nicht auf den VV. zurückgegriffen zu werden, in dessen Art. 103 diese Garantie vorgesehen ist, sondern es braucht nur auf die DV., in der dieses internationale Element Danzig verpflichtend Wirklichkeit geworden ist, hingewiesen zu werden. Wenn Danzig in irgendeiner Weise der DV. zuwider handelt, so stellt diese Zuwiderhandlung die Verletzung einer internationalen Verpflichtung dar.

Wenn die Cour auf diese Weise in der DV. die internationale Verpflichtung erblickte, wäre auch die Form der Frage des VB. gerechtfertigt, die unter dieser Voraussetzung nicht so intern wäre, wie es den Anschein hat.

γ) Die DV. auf Grund des Art. 103 VV. stellt eine internationale Verpflichtung für Danzig dar, die es durch die Verordnungen verletzt hat.

Drittens kann aber die Cour zum Ausdruck gebracht haben wollen, daß es nicht möglich ist, Danziger Verfassung und Versailler Vertrag voneinander zu trennen, wenn man die Quelle der inter-

nationalen Verpflichtung, die Danzig bindet, feststellen will. Ein völkerrechtlich verpflichtendes Gesetz für Danzig ist die DV. auf Grund des VV. Wenn Danzig der DV. zuwider handelt, verstößt es gleichzeitig gegen den VV., der die Garantie statuiert. Das heißt aber nichts anderes, als daß solches Zuwiderhandeln zwar um der Danziger Verfassung willen völkerrechtlich relevant ist, aber nur deswegen, weil Art. 103 VV. es so bestimmt. Die Ursache der Verpflichtung ist der VV., er macht die DV. zum verpflichtenden Gesetz, und ihn verletzt notwendigerweise, wer die DV. verletzt.

So hätten wir drei Auffassungen herausgearbeitet, die in den Worten der Cour enthalten sein können, und die dazu dienen könnten, das Vorliegen einer internationalen Rechtsfrage darzutun und somit die Kompetenz der Cour zu begründen.

b) Unsere Auffassung.

Wir wollen uns nun mit diesen drei Auffassungen auseinandersetzen.

α) Stellt der Art. 103 VV. eine internationale Verpflichtung für Danzig dar, die es durch die Verordnungen verletzt hätte?

Daß in der vorgelegten Frage der Art .103 VV. selbst mit keinem Worte erwähnt ist, hindert nicht, daß es sich um eine internationale Rechtsfrage handeln könnte. Dann nämlich, wenn einwandfrei und klar Art. 103 VV. als internationale Verpflichtung für Danzig sich darstellte, und wenn es zweifellos wäre, daß die Nichtvereinbarkeit zwischen DV. und Verordnungen die Verletzung dieser Verpflichtung bedeutete.

Hierzu muß zunächst bemerkt werden, daß die Cour, selbst wenn dieser Auffassung unumwunden beizutreten wäre, dennoch das Gutachten im ausgesprochenen Gegensatz zu ihren eigenen Grundsätzen gegeben hat. Denn sowohl im Urteil série A Nr. 7, als auch im Urteil série A Nr. 20 hat die Cour zum Ausdruck gebracht, daß es, wenn sie sich mit Landesrecht auseinanderzusetzen hat, nicht ihre Aufgabe sein kann, eine souveräne, von der Auffassung des betreffenden Staates abweichende Auslegung dieses Landesrechts vorzunehmen. Hier aber nimmt sie eine mit der Auffasfassung der Gerichte des Landes in totalem Gegensatz stehende Auslegung des Landesrechts vor.

Die vorausgeschickte Auffassung der Cour selbst kann aber nicht aufrecht gehalten werden. Der VV. ist in Kraft getreten am 10. I. 1920. Zu dieser Zeit hat Danzig noch nicht als Staat bestanden, sondern es ist erst am 15. November 1920 als Freie Stadt errichtet worden. Im VV. wurden die Gründung der Stadt und die Rechtsstellung, die ihr einmal zuteil werden sollte, fest- und niedergelegt. Danzig aber ist an diesem Vertrage nicht beteiligt. Es hat

ihn nicht, auch später nicht, unterschrieben [204]). Es kann demnach unseres Erachtens durch diesen Vertrag unmittelbar auch nicht gebunden sein. Alles, was bei der Gründung der Stadt sich abspielte, auch z. B. die Aufnahme der dem VBR. vorgelegten Änderungen in die DV., auch die Erklärung der Billigung der VD. am 13. Mai 1922, war zwar auf Grund des VV. geschehen; aber nachdem Danzig besteht und seine Verfassung hat, glauben wir, daß es selbst in seinem Tun nicht unmittelbar durch den VV., sondern durch seine eigenen Gesetze — auf Grund des VV. — beschränkt ist. Die im VV. vorgesehenen Bindungen sind denn für Danzig auch später alle erst durch andere Gesetze maßgeblich, bindend und verpflichtend geworden; sei es durch die DV., sei es durch den Vertrag mit Polen am 9. November 1920. Daß also der VV. unmittelbar eine Verpflichtung für Danzig enthalten und die Stadt binden könnte, wie er es für Deutschland z. B. tut, kann uns nicht einleuchten.

Nachdem wir dies festgestellt haben, erübrigt sich die Prüfung der Frage, ob der Satz in diesem Artikel: „Die Verfassung soll unter die Garantie des VB. gestellt werden", überhaupt für Danzig eine Verpflichtung enthält.

β) Bedeutet die DV. eine völkerrechtliche Verpflichtung für Danzig?

Wir kommen nunmehr zu jener Auffassung der Cour, die sagt, daß eine Frage des internationalen Rechts deswegen vorliege, weil die Danziger Verfassung mit der die Verordnungen nicht übereinstimmen, ein Gesetz sei, das nicht im Rahmen des nationalen, sondern im Raume des internationalen Rechtes stehe.

Dabei ist es im Grunde gleichgültig, ob die Cour die Danziger Strafrechtsverordnungen auf ihre Vereinbarkeit mit der DV. hin prüft unter dem Gesichtspunkte, es handle sich dabei um die Auslegung der DV. selbst als völkerrechtlicher Verpflichtung, oder unter dem Gesichtspunkt, der Inhalt der völkerrechtlichen Verpflichtung (der Pflicht zur Innehaltung der Verfassung, die in der DV. selbst enthalten ist) sei zwar unbestritten, das Vorliegen einer Tatsache [205]), die ebenso unbestrittenermaßen mit dieser völkerrechtlichen Verpflichtung nicht vereinbar sei, sei aber bestritten und von ihr zu untersuchen.

In beiden Fällen ist entscheidende Voraussetzung, daß die DV. von der Cour als ein Gesetz aufgefaßt werden muß, das nicht nationalen, sondern eben internationalen Charakter hat.

Ob diese Voraussetzung rechtlich zu halten ist, das wird unsere folgende Untersuchung zu zeigen haben.

---

204) vgl. Verdross, Völkerrecht. S. 57.

205) Die Tatsache ist: Ein mit der Verfassung nicht vereinbarer Rechtszustand. Diese Tatsache ist bestritten. Die Regierung sagt, er liegt nicht vor. Die Parteien sagen: er liegt vor.

αα) Ist Danzig ein Staat?

Wenn wir hier für Danzig von einer Unterscheidung nationaler und internationaler Gebiete reden, so ist die wichtigste Vorbedingung für solche Unterscheidung, daß Danzig ein Staat ist. Denn nur, wenn Danzig ein Staat ist, hat die Untersuchung alles dessen, was uns hier interessiert, überhaupt einen Sinn. Daß Danzig aber ein Staat ist, ist durchaus keine unbestrittene Selbstverständlichkeit.

Ehrlich[206]) erklärt, Danzig sei kein Staat und kein Völkerrechtssubjekt.

Die französische Schriftstellerin Geneviève Levesque[207]) geht davon aus, daß ein selbständiger Staat souverän sein müsse. Sie schreibt[208]) „Un Etat souverain est celui qui établit lui même sa constitution, qui a le pouvoir de la réaliser, et de la modifier suivant ses propres besoins; dans les rapports extérieurs, il traite d'égal à égal avec les autres États; il n'admet pas dans ses affaires intérieures ou extérieures une autorité supérieure à la sienne". Sie führt dann aus, daß die Souveränität unteilbar sei, daß teilbar nur die „pouvoirs publics" sein können. Sämtliche Souveränitätsrechte können nur einer Person gehören, die die Ausübung auf andere delegieren kann. Halbsouveräne Staaten gibt es für sie nicht. Sie stellt dann fest, daß Danzig, wenn es ein souveräner Staat sei, die oben aufgeführten Rechte haben müsse. Wenn man annehme, daß Polen souverän auf Danziger Gebiet sei, müsse aber Polen diese Rechte haben.

Danzig sei durch einen Vertrag geschaffen, dem es fremd war; seine Entstehung sei nicht auf eigenen Willen zurückzuführen. In der Schöpfung der Verfassung sei es nicht selbständig gewesen. Danzig könne nicht, sondern müsse seine Verfassung anwenden. Es hänge vom VB. in inneren Angelegenheiten, von Polen in äußeren Angelegenheiten ab. Folglich, so schließt Gen. Levesque, ist Danzig kein Staat. Da Polen die Souveränitätsrechte auch nicht hat, ist es ebensowenig souverän auf Danziger Gebiete.

Danzig ist kein Staat, das ist das Ergebnis, das uns hier interessiert.

Von der Behauptung, daß es kein Staat sei, bis zu der Behauptung, daß es ein vollkommen souveräner Staat sei, sind in der Literatur sämtliche Zwischenmöglichkeiten, an die gedacht werden könnte, zu finden.

Oppenheim[209]) spricht in seinem Buche vom Protektorat und stellt fest, daß der protegierte Staat „an International Person" und „a subjekt of International Law" sei. Danzig sei als „a separate

206) Ehrlich: Prawo narodóv 1927.
207) G. Levesque: La Situation intern. de Dantzig. Paris 1924.
208) Levesque a.a.O. S. 114/115.
209) Oppenheim: International law S. 188.

State“ [210]) gegründet worden, aber es stehe unter der Protektion des VB., der nach Oppenheim in der Lage ist, ein Protektorat auszuüben [211]).

Nach der Ansicht Oppenheims ist es also unzweifelhaft, daß Danzig ein Staat ist.

Für Schücking-Wehberg [212]) stellt sich die Lage Danzigs als die eines Staates mit geminderter, durch Polen beschränkter Souveränität (Halbsouveränität) dar, der außerdem unter dem Protektorat des VB. stehe.

Auch Strupp [213]) nimmt ein Protektorat über Danzig an, aber nicht, wie Oppenheim, ein Protektorat des VB., sondern ein Protektorat Polens. Nach seiner Ansicht ist Danzig ein halbsouveräner Staat.

Koellreutter [214]) schreibt, Danzig sei ein Staat, aber unter dem Protektorat des VB.

Nach einer Reihe von anderen Schriftstellern ist Danzig nun vollends ein souveräner Staat. Otto Loening [215]) begründet die Souveränität, indem er feststellt, daß Danzig sämtliche Verpflichtungen freiwillig durch Danziger Gesetz auf sich genommen hat.

In seiner Schrift: „Die Verfassung der Freien Stadt Danzig“ [216]) spricht er davon, daß offenbar auch nach der Ansicht des VB. Danzig als selbständiger Staat angesehen werden müsse, läßt allerdings hier die Frage, ob Danzig souverän sei, offen.

Dr. Damme [217]) vertritt in seiner Schrift die Ansicht, daß die Entente von der Souveränität Danzigs ausgegangen sei [218]). Er sagt, bei einer richtigen Übersetzung der maßgeblichen französischen und englischen Texte schwinde jeder Zweifel an der vollständigen Souveränität der Freien Stadt [219]).

Auch Wolgast [220]) kann die Lage Danzigs nicht anders charakterisieren, als die eines Staates, „der sich lediglich durch Verträge in besonderer Weise gebunden hat“.

Wie wir sehen, ist die Mehrzahl der Schriftsteller sich darin einig, daß die Freie Stadt Danzig nichts anderes als einen Staat darstellt, wenn auch über die Eigentümlichkeit der Rechtsstellung dieses Staates, über sein Verhältnis zu Polen und zum VB. die Meinungen weit auseinandergehen.

---

210) Oppenheim a.a.O. S. 189.
211) Oppenheim a.a.O. S. 322.
212) Schücking-Wehberg a.a.O. S. 121, 124.
213) Strupp: Wörterbuch S. 219.
214) Koellreutter: Grundriß der allgemeinen Staatslehre S. 214.
215) Loening: Die Rechtsstellung der Freien Stadt Danzig S. 26 ff.
216) Loening, Jahrb. d. öff. Rechts Bd. 10 S. 439 ff., S. 447.
217) Damme: Die Freiheit der „freien Stadt Danzig“ in: Festg. f. Otto Liebmann S. 53 ff.
218) Damme a.a.O. S. 56.
219) Damme a.a.O. S. 57.
220) Wolgast: Völkerrecht § 162.

Unseres Erachtens kann es denn auch keinem Zweifel unterliegen, daß die Freie Stadt ein Staat ist.

Zunächst ist dafür entscheidend die im VV. zum Ausdruck gebrachte Auffassung der Errichter der Freien Stadt. In Art. 102 VV. heißt es: „Die alliierten und assoziierten Hauptmächte verpflichten sich, die Stadt Danzig nebst dem in Art. 100 bezeichneten Gebiet als Freie Stadt zu errichten; sie soll unter den Schutz des VB. gestellt werden".

Es kann nicht eingesehen werden, daß die Hauptmächte hier eine andere Verpflichtung hätten übernehmen wollen, als die, einen Staat zu errichten.

Ein zweiter Hinweis dafür, daß die Hauptmächte davon ausgegangen sind, Danzig als Staat zu errichten, ist in Art. 104 VV. enthalten. Denn wenn die Hauptmächte sich verpflichten, ein Übereinkommen zwischen Polen und der Freien Stadt zu vermitteln, so ist solche Vermittlung nur dann möglich und nötig, wenn beide Teile des zukünftigen Übereinkommens Staaten sind[221]). Vermitteln heißt nichts anderes, als beide Teile dazu zu bewegen suchen, das Übereinkommen zu schließen. Das aber setzt voraus, daß man mit der Möglichkeit rechnet, daß von jedem der beiden Teile dem Übereinkommen Schwierigkeiten entgegengesetzt werden könnten. Schwierigkeiten entgegensetzen kann Danzig aber nur, wenn es selbständig, d. h. ein Staat ist[221]).

Wenn wir so sehen, daß die Errichter Danzigs offenbar nichts anderes vorhatten, als Danzig als Staat zu errichten, dann muß es auch, nachdem es in ihrem Sinne errichtet worden ist, ein Staat sein.

Nachdem die Freie Stadt in diesem Sinne nun am 15. November 1920 errichtet worden ist, haben die Hauptmächte alle Rechte über Danzig, die ihnen zunächst Deutschland gemäß Art. 100 Abs. 1 VV. abgetreten hatte, verloren, und die Auffassung der Levesque[222]), die Hauptmächte hätten heute noch die Souveränität über die Freie Stadt, muß als irrig bezeichnet werden. Vor allem aber können die Hauptmächte, nachdem Danzig im Sinne des Art. 102 VV. errichtet worden ist, nicht mehr die Staatsgewalt über die Stadt und das dazu gehörige Gebiet haben.

Die Staatsgewalt liegt nirgendwo anders als bei Danzig selbst. Art. 3 DV. bestimmt: Die Staatsgewalt geht vom Volke aus[223])[224]).

---

221) Damme a.a.O. S. 56.

222) Levesque a.a.O. S. 119/120.

223) Thoma, Art.: Staat; Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsherrschaft (Herrschaft der Organisation, die in der Lage ist, ihren Willen durchzusetzen).

224) Hamel: Jugend und Recht v. 20. 2. 1937 S. 44/45: Verfassungsgarantie bedeutet nicht, an der Staatsgewalt teilhaben . . . Die inneren Angelegenheiten Danzigs sollen nach dem Willen der Danziger Bevölkerung entschieden werden; sie, nicht der VB., ist Träger der Gesetzgebung und der Justiz in Danzig.

Weder die Interalliierten Hauptmächte, die ihrer Rechte über Danzig entkleidet sind, noch Polen, noch der VB. können als dieser Staatsgewalt übergeordnet angesehen werden. Die Danziger Staatsgewalt leitet sich nicht von ihnen ab. Die DV.[225]) ist von Danziger Vertretern ausgearbeitet worden. Rechtsprechung, Gesetzgebung und Verwaltung liegen in keiner anderen Hand als der Danzigs selbst. Staatsvolk und Staatsgebiet sind dem Danziger Staat unbestrittenermaßen eigentümlich. Wir glauben nicht, daß etwas gegen die Auffassung, Danzig sei ein Staat, angeführt werden könnte. Abgesehen von wenigen Stellen der Literatur ist denn auch die Staatseigenschaft Danzigs, wie wir gesehen haben, unbestritten; VB., Völkerbundkommissar und STIG stehen z. B. durchaus auf dem von uns vertretenen Standpunkt.

„Danzig[226]) ist durch den VV. als freier und unabhängiger Staat errichtet worden".

„Der Schutz[227]) der Freien Stadt durch den VB. scheint zu bedeuten, daß der VB. sich verpflichtet, die territoriale Unversehrtheit und politische Unabhängigkeit der Freien Stadt Danzig in derselben Weise zu achten, wie er es allen Mitgliedern des VB. gegenüber laut Art. 10 VBS. tut".

„Ich kenne keine Gründe für die Weigerung, die Freie Stadt als Staat anzuerkennen"[228]).

Die Cour hat in ihrem Beschluß vom 28. Juni 1922 Danzig unter anderen Staaten, denen Bedingungen mitgeteilt werden sollten, aufgeführt[229]).

Daß Danzig ein Staat ist, kann somit als feststehendes Ergebnis angesehen werden.

Und wenn wir uns nunmehr den Art. 102 und 103 des VV. zuwenden, so geschieht es nicht, um dieses Ergebnis wieder in Zweifel zu ziehen. Denn die Regelung, die gemäß Art. 102 und 103 in Danzig getroffen ist, und die darin besteht, daß der VB. den Schutz der Stadt übernommen hat, und daß die DV. unter die Garantie des VB. gestellt ist (ebenso übrigens wie die Regelung auf Grund des Vertrages mit Polen), kann niemals die Staatseigenschaft der Freien Stadt, sondern höchstens ihre Souveränität berühren. Indem wir dieses sagen, bekennen wir uns zu der Auffassung, daß die Souveränität kein essentielles Begriffsmerkmal eines Staates ist. Wir befinden uns dabei in Übereinstimmung mit der neueren Lehre. Waldecker[230]) z. B. schreibt: „Insbesondere ist nicht erforderlich,

225) Waldecker: Allgemeine Staatslehre S. 201 ff., S. 640; Volk, Gebiet und Verfassung.
226) Entscheidung des H. K. v. 18. 12. 1921.
227) Aus dem Bericht des Vicomte Iskii v. 17. 11. 1920.
228) Entscheidung des H. K. v. 7. 11. 1924.
229) P. d. I. C. Teil I S. E S. 140.
(Fußn. 226—229 aus Loening: Rechtsstellung der Freien Stadt Danzig S. 28).
230) Waldecker a.a.O. S. 671.

daß die Staatsgewalt nach außen hin unabhängig oder „souverän" und daß in ihr die Fähigkeit zu Selbstorganisation enthalten sei . . ".

Für Koellreutter[231]) sind in starker Abhängigkeit von anderen Staaten stehende Staaten doch durchaus Staaten, obwohl er ihnen die Souveränität abspricht (Ägypten, Deutschland unter dem VV.)[232]).

Wie also auch immer die Art. 102, 103 VV. die rechtliche Lage Danzigs regeln, feststeht, daß an der Staatseigenschaft der Freien Stadt durch sie nichts geändert wird.

ββ) Die Garantie des VB. Die Pflichten, die sich für Danzig aus der Garantie ergeben, sind in der DV. enthalten.

Art. 103 Abs. 1 VV. lautet: „Die Verfassung der Freien Stadt Danzig soll im Einvernehmen mit einem Hohen Kommissar des VB. von ordnungsgemäß berufenen Vertretern der Freien Stadt ausgearbeitet werden. Die Verfassung soll unter die Garantie des VB. gestellt werden".

Da in diesem Artikel das Wort „Garantie" gebraucht ist, könnte daran gedacht werden, daß es sich hier um einen der im Völkerrecht bekannten „Garantieverträge" handelt, und man könnte versucht sein, die Rechtsfolgen, die sich allemal ergeben, wenn ein solcher Garantievertrag vorliegt, auch für Danzig anzunehmen.

Bluntschli[233]) sagt in seinem Völkerrecht: „Es sind offenbar zwei verschiedene Rechtsverhältnisse, welche unter dem einen Namen der Garantie zusammengefaßt werden:

a) der Nebenvertrag, durch welchen der dritte Garant einer Vertragspartei Hilfe verspricht und

b) der Hauptvertrag, durch welchen eine Anzahl Mächte einen völkerrechtlichen Rechtszustand unter ihren selbständigen Schutz nehmen".

Liegt hier der zu b) genannte Fall vor, und damit eine Garantie im völkerrechtlichen Sinne?

G. Quabbe[234]) stellt zunächst fest: „Das völkerrechtliche Garantieverhältnis entsteht durch den Vertrag zweier Staaten, des Garanten und des Garantieren". Er unterscheidet dann zwischen der „reinen" Garantie[235]), die ein einseitiger Vertrag sei und nur Pflich-

231) Koellreutter a.a.O. S. 60.

232) Gegen die Auffassung der Levesque, daß ein Staat ursprünglich souverän gewesen sein müßte, daß er erst später durch Vertrag seine Freiheit einschränken könne. Die Souveränität hat nichts mit dem Staatsbegriff zu tun. Bulgarien und Ägypten wurden Staaten, als die Türkei noch die Oberhoheit über diese Länder hatte.

233) Bluntschli: Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten S. 245.

234) Quabbe: Die völkerrechtliche Garantie S. 38.

235) Quabbe a.a.O. S. 39.

ten des Garanten und korrespondierende Rechte des Garantieren erzeuge, und der „interessierten" Garantie[236]), die rechtlich aus dem Garantievertrag und daneben einem anderen Rechtsverhältnis bestehe, das dem Garanten gegenüber dem Garantieren ein Recht auf Aufrechterhaltung des garantierten Objektes verschaffe.

An das, was er „interessierte Garantie" nennt, könnte wieder um hier gedacht werden.

Liszt-Fleischmann[237]) definiert: „Garantieverträge sind diejenigen völkerrechtlichen Verträge, durch die ein Staat einem oder mehreren anderen gegenüber sich verpflichtet, entweder für die Erfüllung völkerrechtlicher Verpflichtungen eines anderen Staates, oder aber dafür einzutreten, daß dieser von Seiten eines anderen Staates in seinen völkerrechtlichen Rechten nicht beeinträchtigt wird.

Sehen wir nun genauer zu, so fällt uns auf, daß alle Definitionen darin übereinstimmen, daß das Garantieverhältnis besteht zwischen einem garantierenden Staat und einem garantierten Staat.

Daß der VB. aber kein Garant im Sinne des Begriffes sein kann, das beweist unseres Erachtens überzeugend Bussmann[238]): „Er (der VB.) kann selbst keinen Krieg führen, er kann selbst keine wirtschaftlichen Zwangsmaßnahmen verhängen, er kann höchstens auf diplomatischem Wege vorstellig werden oder seine Mitgliedstaaten zu Zwangsmaßnahmen veranlassen. Das genügt jedoch .... nicht. Solange der VB. die Souveränität seiner Mitglieder unangetastet läßt, wird er selbst eine wirksame Garantie nicht übernehmen können".

Der Garant muß in der Lage sein, das garantierte Objekt zu verteidigen, wenn es Not tut, im besonderen Falle sogar mit der Waffe in der Hand. Das ist der Sinn des Garantievertrags. Das kann aber nur ein Staat und nicht selbständig der VB. Die Garantie des Art. 103 VV. kann demnach keine Garantie im völkerrechtlichen Sinne dieses Wortes sein[239]), und die sonst im Falle der Garantie sich ergebenden Rechtsfolgen können in unserem Falle nicht angenommen werden.

Was also bedeutet denn die „Garantie" des Art. 103 VV.?

Auf diese Frage gibt uns eine eindeutige Antwort der Bericht des Vicomte Ishii, der vom VBR. am 17. November 1920 angenommen worden ist[240]). Danach umfaßt die Gewährleistung des VB.:

1. daß die DV. durch den VB. genehmigt sein muß,

---

236) Quabbe a.a.O. S. 64 Anm. 2.
237) Liszt-Fleischmann: Das Völkerrecht S. 271.
238) Bussmann: Der völkerrechtliche Garantievertrag insbes. seit der Entstehung des Genfer Völkerbundes S. 25.
239) Bussmann a.a.O. S. 28: Es gibt kein Sicherungsinstitut des VB., das weiter von dem Begriff der Garantie entfernt wäre, als diese sog. Garantie des VB.
240) Vgl. avis vom 4. 2. 1932. Deutsche Ausgabe 9. Bd. S. 28.

2. daß die DV. nur mit Zustimmung des VB. geändert werden kann,
3. daß das Verfassungsleben der Freien Stadt stets den Vorschriften der Verfassung entsprechen muß.

Der VB., als Garant der Verfassung — so heißt es weiter — hat sich also nicht nur mit ihrem Wortlaut, sondern auch mit ihrer richtigen Anwendung zu befassen.

Wir sagten oben, daß die Quelle dieser Verpflichtung für Danzig nicht der VV. unmittelbar sein könne und stellten vielmehr fest, daß die Quelle der Verpflichtung für Danzig in einem anderen Gesetz zu suchen sei.

Wenn wir nun von der Verpflichtung zu 1) absehen, weil sie der Vergangenheit angehört, so bleibt einmal, daß die DV. nur mit Zustimmung des VB. geändert werden darf, und zum zweiten, daß das Verfassungsleben der Freien Stadt den Vorschriften der Verfassung entsprechen muß.

Beide Bindungen haben in der DV. selbst Ausdruck gefunden.

Erstens bestimmt Art. 49 Abs. 3: Abänderungen der Verfassung können erst in Kraft treten, nachdem sie dem VB. mitgeteilt sind und dieser erklärt hat, daß er gegen die Abänderungen keine Einwände zu erheben hat.

Zweitens bestimmt Art. 42: Der Senat der Freien Stadt hat dem VB. auf dessen Verlangen jederzeit amtliche Auskunft über die öffentlichen Angelegenheiten der Freien Stadt zu erteilen.

Diese Bestimmung des Art. 42 ist nichts anderes als die Realisierung der Verpflichtung 3, die sich nach dem Bericht des Vicomte Ishii aus der Garantie ergibt. Das sagt die Cour selbst in ihrem von uns zitierten Gutachten [241]):

„Der Zweck dieser Bestimmung ist klar. Sie soll den Bund instandsetzen, seine Rechte auszuüben und seine Pflichten zu erfüllen, die unter anderem die tatsächliche Anwendung der Verfassung berühren".

So sehen wir folgendes: Die „Garantie" des VB. über die DV. ist zwar im Art. 103 VV. niedergelegt. Alles aber, was sich für Danzig aus dieser Garantie ergibt, ist in der DV. enthalten.

Wollte Danzig z. B. den Art. 49 Abs. 3 aus der DV. entfernen, so wäre dies nicht wegen der Garantie des Art. 103 VV. unmöglich, sondern deswegen, weil eine verfassungsmäßige Entfernung dieses Artikels die Benachrichtigung des VB. erforderlich machte, der seine Einwilligung voraussichtlich nicht geben würde. Durch die Verfassung also, die ja den Staat immer selbst bindet, und Änderungen und vollkommene Umwerfungen zwar möglich macht, aber nur in ihrem eigenen Rahmen [242]), ist Danzig gegenüber dem VB. verpflichtet.

241) Deutsche Ausgabe Bd. 9 S. 28.
242) Man denke an die Machtübernahme des Führers Deutsches Ermächtigungsgesetz vom 24. 3. 33.

γγ) Die DV. ist ein nationales Gesetz. Fragen, die die Anwendung der DV. angehen, sind nationale Fragen.

Danzig ist demnach gewiß durch seine Verfassung gegenüber dem VB. gebunden.

Damit ist aber nicht die von uns gestellte Frage bejaht, ob die Danziger Verfassung eine internationale Verpflichtung darstelle, in dem Sinne, daß Probleme, die diese Verfassung betreffen, vor dem internationalen Forum des STIG zur Verhandlung kommen dürften.

Die DV. ist von ordnungsmäßig berufenen Vertretern der Freien Stadt ausgearbeitet worden, sie ist Ausfluß des Danziger Staatswillens, sie ist ein nationales Gesetz. Wir haben festgestellt, daß Danzig ein Staat ist. Wenn es aber in einem Staate interne Angelegenheiten gibt, dann wissen wir nicht, was darunter fallen soll, wenn es nicht alle die Fragen tun, die die Vereinbarkeit eines staatlichen Gesetzes mit der Verfassung betreffen. Der VB. hat freilich das Recht, darüber zu wachen, daß das öffentliche Leben der Stadt den Vorschriften und dem Geist der Verfassung entspricht. Aber dieses Recht bedeutet höchstens, daß der VB. an gewissen innerstaatlichen Danziger Problemen teilnehmen darf; und es bedeutet nicht, daß die innerstaatlichen Danziger Fragen zu internationalen Fragen würden. Der Cour, einem internationalem Forum muß daher alles, was solche innerstaatlichen Fragen anbetrifft, vorenthalten bleiben. Niemand anders als die Cour selbst hat diese Auffassung zum Ausdruck gebracht, wenn sie sagt[243]): „Der Gerichtshof kann sich dem Standpunkt der polnischen Regierung nicht anschließen. Nach seiner Ansicht berechtigt ihn der Umstand, daß die Rechtsstellung Danzigs sui generis ist, nicht, von den gewöhnlichen Grundsätzen abzugehen, die die Beziehungen zwischen den Staaten beherrschen, und neue Regeln für die Beziehungen zwischen Polen und der Freien Stadt aufzustellen. Die allgemeinen Grundsätze sind auf Danzig anwendbar ‚allerdings vorbehaltlich der vertraglichen Bestimmungen, die die Freie Stadt binden, und vorbehaltlich der auf Grund dieser Bestimmungen von den Organen des VB. gefällten Entscheidungen. Wie oben bemerkt, berührt die besondere Eigenart der DV. nur die Beziehungen zwischen der Freien Stadt und dem VB. Eine Verletzung oder unrichtige Anwendung der Verfassung durch Danzig geht daher international ausschließlich den VB. als Garanten und Danzig an. Gegenüber Polen ist und bleibt die DV. trotz ihrer Besonderheiten die Verfassung eines fremden Staates".

Nicht nur gegenüber Polen bleibt sie die Verfassung eines fremden Staates, ein nationalstaatliches Gesetz also, sondern auch gegen-

243) P. d. I. C. s. A/B No. 44. Deutsche Ausgabe 9. Bd. S. 30.

über der Cour. Eine Verletzung geht ausschließlich Danzig und den VB. an.

Vollkommen müssen wir Anzilotti zustimmen, wenn er schreibt[244]): „Nun hat zwar der Rat das Recht und die Pflicht, alle Auskünfte einzuziehen, die er für zweckmäßig oder notwendig hält; aber jedenfalls muß er das mit geeigneten Mitteln tun und darf nicht beanspruchen, dem Gerichtshof eine andere Aufgabe zuzuweisen, als die, für die er geschaffen und eingerichtet ist".

Fragen also, die die Anwendung der Danziger Verfassung betreffen, sind innerstaatliche Fragen. Denn obwohl die DV. Danzig dem VB. gegenüber bindet, kann sie nicht als im völkerrechtlichen Raum stehendes Gesetz angesehen werden, das für Danzig eine völkerrechtliche Verpflichtung darstellte .

So ist denn auch die zweite und damit auch die dritte Auffassung, die die Cour möglicherweise bestimmt haben mag, die gestellte Frage als internationale Rechtsfrage zu behandeln, als abwegig zu bezeichnen. Nach dieser zweiten und dritten Auffassung hätte eine internationale Rechstfrage deswegen vorgelegen, weil die Danziger Verordnungen mit der DV., die eine völkerrechtliche Verpflichtung für Danzig enthält, nicht vereinbar sind.

Da wir gezeigt haben, daß wir die DV. nicht als völkerrechtlich verpflichtend auffassen können, daß vielmehr alle Fragen, die die Anwendung der Verfassung betreffen, nur als rein innerstaatliche Fragen (an denen allenfalls der VB. ein Einwirkungsrecht hat) angesehen werden können, können wir der Auffassung der Cour nicht folgen.

γ) Zusammenfassung.

Der VV., fraglos im völkerrechtlichen Raum stehendes Recht, bindet Danzig nicht, denn es ist ihm fremd; die Danziger Verfassung bindet Danzig zwar, aber sie stellt nicht im völkerrechtlichen Raum stehendes Recht dar.

Daß durch die Garantie des VB. ein „élément international" in die der Cour vorgelegte Frage gelange, dieser Auffassung können wir uns insoweit nicht anschließen als damit ein élément d'ordre juridique gemeint sein soll.

Vielmehr sind wir mit Anzilotti der Meinung, daß eine reine Frage des Danziger innerstaatlichen Rechts von der Cour entschieden worden ist.

Das abgegebene Gutachten kann also nicht als „normales Gutachten" angesehen werden.

---

244) P. d. I. C. s. A/B No. 65 S. 62. Deutsche Ausgabe 12. Bd. S. 78.

IV. Was hat die Cour zu tun, wenn die Abgabe eines nicht „normalen" Gutachtens von ihr verlangt wird?

Die Antwort auf die Frage, was die Cour zu tun hat im Falle, daß ihr die Abgabe eines Gutachtens zugemutet wird, das außerhalb ihres Aufgabenkreises liegt, kann heute kaum noch zweifelhaft sein.

Der Richter Moore in seinem Memorandum [245]) hat nachgewiesen, daß es eine Verpflichtung für die Cour, jeder Gutachtenbitte nachzukommen, nicht geben kann. Die Cour selbst hat das Memorandum zwar nicht ausdrücklich angenommen, hat aber Moore indirekt Recht gegeben, als sie es abgelehnt hat, das Gutachten betreffend Ostkarelien zu geben [246]). Hofmann sagt [247]), selbst wenn man eine unbedingte Verpflichtung annehme, sei man gezwungen, eine Reihe von Ausnahmen zuzulassen.

Er nennt unter diesen Ausnahmen den Fall der objektiven Unmöglichkeit, wenn das Gericht in Konflikt mit seiner richterlichen Tätigkeit kommt, den Fall, daß es an den materiellen Grundlagen zur Entscheidung mangelt, den Fall, daß das Gericht die Unzuständigkeit des Rates feststellt und endlich den Fall, daß der Cour eine politische Frage vorgelegt worden ist.

Es erscheint uns ganz klar, daß auch der Fall, wenn der Cour eindeutigerweise keine Frage des internationalen Rechts vorgelegt worden ist, unter diesen Ausnahmen genannt werden muß.

So kommen wir denn endlich zu dem Ergebnis, daß die Cour dieses Gutachten nicht hätte abgeben dürfen, sondern ihre Kompetenz hätte verneinen und die Abgabe ablehnen müssen [248]).

245) P. d. I. C. s. D No. 2 S. 383—398.
246) P. d. I. C. s. B No. 5.
247) Hofmann a.a.O. S. 28.
248) Vgl. Anzilotti: P. d. I. C. s. A/B No. 65 S. 60 ff.

LEBENSLAUF

Ich, Hans Hermann Hisgen, bin geboren zu Trier am 9. 3. 1913 als Sohn des Arztes Dr. Hermann Hisgen und seiner Ehefrau Paula, geb. Steingroever. Ich bin katholischer Konfession.

Ich besuchte das staatl. Friedrich-Wilhelms-Gymnasium zu Trier, an dem ich Ostern 1932 die Reifeprüfung bestand.

Darauf begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Ich studierte eine Semester zu Freiburg i. Breisgau, darauf drei Semester zu München. Die letzten drei Semester studierte ich zu Bonn.

Am 22. 2. 36 bestand ich am Oberlandesgericht Köln die erste juristische Staatsprüfung.

Ich wurde zum Gerichtsreferendar ernannt und arbeitete am Amtsgericht zu Sinzig am Rhein.

Das Thema der von mir behandelten Aufgabe stellte mir Herr Geheimrat Prof. Dr. Thoma in Bonn, dem ich an dieser Stelle für seine Hilfe Dank sage.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 29. 4. 37.